



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 736 DE 2020

(octubre 5)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para "...absolver las consultas jurídicas externas relativas a 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 2011³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁴.

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

La consulta elevada contiene una serie de preguntas relativas al procedimiento de recuperación de consumos, por lo que éstas serán transcritas y respondidas en el acápite de conclusiones. Las preguntas se formulan teniendo en cuenta el siguiente contexto:

El prestador del servicio de acueducto y alcantarillado factura los servicios a una fábrica de refrescos con un promedio de 100m3 mensuales. Sin embargo, para el prestador el consumo es muy bajo y empieza a hacer lectura semanal del contador al usuario en septiembre de 2019, evidenciando que el consumo es de 2000m3

al mes, generándose una desviación significativa del consumo para el período de septiembre de 2019. Así, pese a que se adelanta la correspondiente revisión para identificar las causas, no se evidencia razón distinta que el consumo.

Ante dicha situación, el usuario reclamó por alto consumo, situación que fue confirmada por la empresa, pero al surtirse el recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se determinó que hubo violación al debido proceso porque no se informó el día y hora de la revisión; razón por la que ordenó modificar la facturación y sólo cobrar el promedio.

En octubre de 2019 el prestador continuó con el seguimiento de las lecturas semanales y evidenció que el usuario alteraba el medidor, razón por la cual inició un proceso de recuperación de consumos con dolo civil del usuario.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994^[5]

Concepto Unificado No. 34 de 2016

CONSIDERACIONES

En relación con la recuperación de consumos de los servicios públicos domiciliarios, se sugiere consultar la página web de esta Superintendencia, pestaña “Normativa”, en donde se puede encontrar el criterio jurídico adoptado, desarrollado, entre otros, en el concepto unificado No. 34 de 2016 (actualizado el 25 de junio de 2019), el cual reitera el término de cinco (5) meses para que los prestadores recuperen consumos, aplicando en todo caso, la prerrogativa al derecho de un debido proceso que debe seguirse en cualquier actuación administrativa, así como la precisión sobre el límite temporal de la recuperación, tratándose del dolo civil. El concepto en cita señala:

“(…) Las relaciones jurídicas entre las empresas que prestan los servicios públicos domiciliarios y los usuarios, se rigen por la Constitución Política, la ley, especialmente las Leyes 142 y 143 de 1994 y 689 de 2001; la regulación de las respectivas comisiones y, en particular, por el contrato de servicios públicos, tal como lo señala el artículo 128 de la ley 142 de 1994, así como todas aquéllas estipulaciones que la empresa de manera uniforme aplica en la prestación del servicio.

Lo anterior implica que quien se hace parte en dicho contrato, se compromete a sujetarse a las condiciones allí previstas para su prestación, entre ellas hacer uso correcto del servicio contratado, no manipular o hacer fraude a las conexiones, acometidas o medidores, y garantizar que el consumo sea el elemento principal del precio que se paga por el servicio.

En esa medida, el suscriptor o usuario que incurra en alguna de esas conductas, además de hacerse acreedor a las consecuencias previstas en los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994², que dicho sea de paso, solo pueden corresponder suspensión del servicio o a la terminación del contrato, debe reconocer al prestador el valor real, del consumo efectivamente realizado.

Así mismo, cuando el consumo no puede ser medido por razones ajenas al prestador e incluso al mismo usuario, la ley también permite que el prestador determine y recupere los consumos que efectivamente fueron consumidos por el usuario pero que no fueron registrados y por consiguiente tampoco fueron facturados en su momento.

Ahora bien, como se explicará más adelante, el cobro de servicios prestados y no facturados no se trata de una sanción al usuario, sino del ejercicio del derecho que tiene la empresa a recuperar unas sumas de dinero

por concepto de unos consumos obtenidos de manera irregular y que afectan de manera negativa su patrimonio económico, o que no pudieron ser registrados por cualquier evento.

(...)

3. DETERMINACIÓN DEL CONSUMO FACTURABLE EN RECUPERACIÓN DE CONSUMOS.

Es de advertir que, dado que el consumo irregular o que no pudo ser evidenciado y que debe recuperarse, tiene tal naturaleza precisamente por virtud de no haber podido ser registrado por el equipo de medida, y su determinación para ser recuperado, procede como lo dispone el inciso segundo del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, esto es: (i) por promedio de los últimos consumos registrados del mismo suscriptor, (ii) por promedio de otros suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o (iii) por aforos individuales; según lo disponga el contrato de condiciones uniformes.

Es de referir en adición, que en la actualidad, en materia de recuperación de consumos dejados de facturar, no existe una metodología regulatoria que permita determinar el consumo no facturado.

De acuerdo con lo expuesto, en ausencia de una metodología expresamente establecida por el regulador en orden a la determinación del consumo facturable en casos de recuperación, los prestadores deberán aplicar, cualquiera de los mecanismos establecidos en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, según lo determinen en el contrato de condiciones uniformes.

En consecuencia, resulta predicable que no existe facultad alguna de orden legal, regulatorio o jurisprudencial que faculte a los prestadores para establecer metodologías propias para definir el consumo facturable para cada periodo en que resulte aplicable la recuperación de consumos, y por tanto, procede su determinación, bajo los mecanismos que la Ley 142 dispuso para hacerlo cuando no sea posible determinar dicho consumo con base en los equipos de medida.

En ese sentido el prestador puede establecer el consumo a recuperar, determinando el promedio de consumo del usuario en los periodos de facturación⁽⁶⁾, o el promedio de usuarios en similares circunstancias, o 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.

En todo caso es pertinente referir, que cuando se trate de desviaciones significativas, la determinación del consumo facturable por promedio o aforo, se aplicará solamente hasta el mes en que se evidenció la desviación, pues es de entender que a partir de allí, procede la instalación de un nuevo medidor o la corrección de la irregularidad o anomalía presentada.

Es decir, una vez regularizadas las conexiones e instalación, no es posible predicar que se mantendrá el prestador facturando por promedio.

4. TÉRMINO LEGAL 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:**

- (i) Causas atribuibles al prestador, caso en el cual pierde el derecho a cobrar el precio, (inciso cuarto, Art. 146 L.142/94);
- (ii) Causas atribuibles al usuario, determinadas a través de un procedimiento de recuperación de consumos o de una investigación por desviación significativa, caso este último 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), sin limitación temporal retroactiva para su cobro, cuando se compruebe el dolo del usuario en la vulneración del contrato. (Inciso final, Art. 150 L.142/94) y,

(iii) Causas no atribuibles ni al prestador ni al usuario y que se identifican a través de un proceso de recuperación de consumos o una investigación por desviación significativa, caso este último 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 se pretenden recuperar, para efectuar el cobro por dicho concepto, (Art. 150 L.142/94).

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.

4.2 Elementos del segundo inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, carga de la prueba e indicios

Elementos del segundo inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 y carga de la prueba

De conformidad con lo previsto en el artículo 150 arriba transcrito, para aplicar lo previsto en el inciso segundo del artículo 150 citado se requiere:

- El suministro de bienes o servicios que no fueron facturados;
- La comprobación del dolo por parte del suscriptor o usuario; y,
- El nexo causal entre el no cobro de los bienes o servicios suministrados y el dolo comprobado por parte del suscriptor o usuario.

El primer elemento es que los prestadores solo pueden lograr el cobro de los bienes y servicios que fueron suministrados y no fueron facturados por ellas. No está de más la precisión, pero si los bienes o servicios que los prestadores pretenden cobrar no fueron suministrados, no pueden ser facturados. Incluso, si llegaren a cobrarse, el usuario podría alegar un enriquecimiento sin justa causa por parte de los prestadores. Todo lo anterior implica que los prestadores, al ser los interesados en obtener el pago y estar en mejor posición para determinar los consumos, están llamados a asumir la carga de la prueba de los bienes y servicios suministrados.

El segundo elemento previsto en el inciso segundo del artículo 150 de la Ley 1994, es la comprobación del dolo por parte del suscriptor o usuario. De este segundo elemento es importante destacar que ese dolo es uno de naturaleza civil y, en atención al principio de la buena fe, se requiere que el mismo se compruebe en cabeza del usuario o suscriptor. En otras palabras, de acuerdo con el artículo 63 del Código Civil, el prestador debe comprobar por parte del usuario o suscriptor la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Es importante mencionar que la prueba del dolo de usuario o suscriptor debe convencer a los agentes involucrados en las discusiones entre el prestador y los usuarios. Así, deben quedar convencidos de la existencia de este dolo, los siguientes agentes:

- El prestador en las siguientes dos instancias: (i) Al momento de reexpedir la factura y (ii) Al resolver el recurso de reposición sobre las decisiones que tome frente a las reclamaciones que presente el usuario o suscriptor.
- La Superservicios al momento de resolver el recurso de apelación sobre las decisiones que haya tomado el prestador al resolver las reclamaciones del usuario y el recurso de reposición. En todo caso, la Superservicios podrá practicar pruebas de oficio en desarrollo de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.
- El juez administrativo que conozca de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a la decisión del recurso de apelación proferido por la Superservicios.

El tercer elemento que exige la aplicación del inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 es el nexo causal entre la no facturación de ciertos bienes y servicios suministrados y el dolo comprobado del usuario o suscriptor. En caso de que no se pruebe la existencia de este nexo causal, el supuesto del inciso segundo del artículo 150 citado no será aplicable. En tal escenario, la recuperación de los consumos tendría que hacerse en los precisos términos del inciso primero del artículo 150 de la Ley 142 de 1994. Igual que en los otros dos elementos, la carga de la prueba de este nexo le corresponde a el prestador de servicios públicos que pretende el cobro.

En la misma línea, el usuario tiene el deber de desvirtuar las pruebas aportadas por los prestadores. Así, la no asunción de este deber implica asumir las consecuencias adversas que se puedan derivar.

Un último aspecto que debe tenerse en cuenta es que los casos en los que medie dolo del suscriptor o usuario pueden dar lugar a lo previsto en los artículos 140 y 141 de Ley 142 de 1994, siempre que se reúnan los supuestos allí previstos.

Medios de prueba de los elementos del segundo inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

La sección anterior mostró que la aplicación del inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 tiene una importante carga probatoria en cabeza de los prestadores por lo que es importante recordar que en el régimen de reclamaciones de los servicios públicos domiciliarios no existe la tarifa legal. Así, todos los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el Código General del Proceso (CGP) son admisibles. Con base en la información que ha recibido la Superintendencia, esta Oficina Asesora de Jurídica, quiere llamar la atención especialmente sobre el indicio como un medio de prueba idóneo, pero no único, para probar los elementos del inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

(...)

4.3 Garantía al debido proceso en los casos del segundo inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994

Uno de los aspectos fundamentales que orientan la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 es la observancia del derecho al debido proceso el cual comprende el derecho de defensa y contradicción. Así las cosas, la forma en la que los prestadores pueden lograr el pago de los bienes y servicios no facturados en los que se comprueba dolo del suscriptor o usuario es a través de la reexpedición de la factura poniendo de presente al usuario todas las pruebas que pretende hacer valer y que prueban el dolo del suscriptor o usuario y los bienes y servicios suministrados y no facturados. Lo cual implica, por ejemplo, dar los avisos correspondientes para retirar el medidor y hacerlo evaluar.

Por su parte, los usuarios tienen el derecho a presentar reclamaciones frente a las nuevas facturas enviadas por los prestadores de servicios públicos dentro de los cinco (5) meses siguientes a la nueva facturación (Ver: Inc. 3, Art. 154, Ley 142 de 1994). En esa reclamación, los usuarios tienen la oportunidad de presentar las pruebas que quieran hacer valer frente a el prestador.

Los usuarios también tienen el derecho a presentar los recursos de reposición y en subsidio de apelación frente al acto que resuelva la reclamación presentada por el usuario. Sin embargo, es importante tener presente que estos recursos deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión (Ver: Art. 154, Ley 142 de 1994).

Como es posible ver, la garantía al derecho al debido proceso está en el respeto por parte de los prestadores en el levantamiento de las pruebas, en la facultad que tienen los usuarios de reclamar, presentar recursos y pruebas y objetar aquellas que el prestador presentó en su contra.

5. ANÁLISIS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 150 DE LA LEY 142 DE 1994 EN LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN DE CONSUMOS.

(...)

5.1. Eventos de recuperación de consumos bajo la aplicación del artículo 150 de la Ley 142.

(...)

Desviación Significativa

Ahora bien, como es sabido, la desviación significativa se define como el evento en el cual existe una variación en el consumo del usuario de un periodo al siguiente, igual o superior a un porcentaje que es establecido por el prestador en el caso de los servicios de energía eléctrica y gas combustible; y por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, en el caso de los servicios de Acueducto y Alcantarillado.

La ocurrencia de una desviación significativa impone por ley a la empresa el despliegue de sus recursos para realizar una investigación para establecer las causas de dicha desviación, de la cual puede desprenderse o no, la identificación de consumos que no fueron objeto de facturación, como se explicó anteriormente.

No obstante, es evidente que pueden existir casos de consumo irregular por parte del usuario, cuya magnitud no alcanza a configurar una desviación significativa, es decir, casos en que el usuario se está beneficiando de consumos que no se registran en el medidor, pero que no constituyen una variación de tal magnitud que logre configurar desviación significativa que permitiera ser evidenciada y trajera consigo la consecuente investigación por parte del prestador para identificar dicho consumo irregular a recuperar.

Ahora bien, conviene plantearse si puede el prestador llegar por otra vía distinta a la investigación de una desviación significativa a establecer que hubo consumos no registrados en el medidor del usuario y tener el derecho a cobrar por ellos. La respuesta es necesariamente afirmativa.

En efecto, tanto el artículo 143 como el 145 de la Ley 142 de 1994, facultan tanto al prestador como al usuario para adoptar medidas tendientes a verificar la correcta ejecución y cumplimiento del contrato, así como verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo.

Es en el marco de estas facultades que las empresas de servicios públicos pueden realizar visitas técnicas de verificación del estado de la prestación del servicio, siendo igualmente posible que como resultado de las mismas se encuentre o determine la existencia de consumos que no fueron objeto de facturación por cualquier motivo y que no tuvieron el impacto necesario para configurar una desviación significativa, pero que igualmente constituyen consumos y servicios prestados por los cuales el usuario debe pagar.

En ese sentido, el prestador a través de estas verificaciones puede establecer consumos a recuperar, aplicando para ello el procedimiento de recuperación que haya establecido en su contrato, pues si bien no puede hablarse de una desviación significativa, a la luz de las definiciones ofrecidas anteriormente, es claro que el prestador es inducido a error en la determinación de consumo facturable, debido a la irregularidad.

La determinación de la participación dolosa del usuario en la irregularidad que induce el error, será la que defina si se aplica la limitación temporal del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, o se viabiliza, de ser comprobable, una recuperación de consumos por un lapso mayor a los cinco meses.

No obstante lo anterior, como se resalta en el presente documento, indistintamente de que un prestador, por vía de la verificación o de desviaciones pueda cobrar consumos causados y no cobrados sea o no limitado a cinco meses, lo cierto es que solo puede cobrar lo que efectivamente logre probar, es decir, que no existe ninguna clase de presunción de orden legal, regulatoria, jurisprudencial o doctrinaria que faculte a un prestador para cobrar consumos a menos que pruebe fehacientemente que dichos consumos efectivamente se generaron a favor del usuario.

A manera de ejemplo, encontrándonos en el mes de junio, a través de una verificación, el prestador podría cobrar un consumo que no fue posible facturar en agosto del año anterior, pero solo podrá hacerlo si puede comprobar que en dicho mes se originó la causa y se generó el consumo que pretende cobrar ahora.

Así, si el prestador encuentra en la verificación que existe una manipulación al medidor que no causó desviación significativa pero sí consumos irregulares, a menos que pueda probar que dicha irregularidad se originó y mantuvo durante periodos anteriores al presente, solo podrá predicar el cobro del consumo que determine para el periodo en el cual se efectuó la visita de verificación.

Como puede apreciarse, se apega a la ley indicar que el prestador puede recuperar consumos irregulares, pero igualmente opera conforme a la ley, que la carga probatoria reposa exclusivamente en el prestador en

orden a demostrar que la irregularidad se cometió antes de la visita que la evidencia y más aún desde qué momento; como presupuesto para que pueda cobrar dichos periodos. De lo contrario, el prestador deberá conformarse con lo que pueda probar mediante la visita de verificación, que en principio no es más que el periodo presente en que ella se realiza.

5.2. Naturaleza del dolo establecido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

(...)

En ese sentido, cuando el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, hace alusión al dolo de suscriptor o usuario como un elemento exceptivo al límite temporal de cinco meses, establecido en dicha norma para que las empresas puedan recuperar el valor de bienes o servicios prestados y que no pudieron ser cobrados; estamos en el ámbito del dolo respecto del contrato, es decir, bajo la noción del dolo civil o contractual.

Se tiene entonces como primera conclusión, que el dolo al que refiere el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, no tiene relación alguna y mucho menos puede equipararse al dolo referido a la conducta del tipo penal conocido como defraudación de fluidos consagrado en el artículo 256 del actual Código Penal Colombiano.

En efecto, y en contravía de posiciones que consideran que la figura del dolo es ajena al derecho civil y que por el contrario pertenece casi con exclusividad al derecho penal, por lo que atribuyen al dolo referido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, el alcance y naturaleza de esta última jurisdicción punitiva; la Corte Constitucional, en Sentencia C-1008 de 2010⁷⁷, de manera clara y contundente, efectúa un desarrollo exhaustivo de la figura de la culpa como determinante de la responsabilidad en materia civil y de la dualidad existente en el régimen jurídico colombiano, que discierne respecto de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento de los contratos, en relación con la responsabilidad civil que deriva de los actos delictivos o de aquellos eventos que no se enmarcan en la coincidencia de voluntades.

(...)" (Subraya parcialmente fuera de texto)

CONCLUSIONES

Conforme con las consideraciones expuestas, se procede a dar respuesta a los interrogantes presentados en el escrito de consulta de la forma que a continuación sigue:

1. "¿Los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado pueden iniciar un proceso de recuperación de consumos por uso no autorizado del servicio durante uno o varios periodos de facturación, a pesar que, la Superintendencia de Servicios Públicos ordenara en recurso de apelación no cobrar o ajustar el alto consumo de estos mismos periodos de facturación por no identificar las causas de la desviación significativa?"

Si bien las actuaciones administrativas tienen como elementos un objeto o causa y las partes interesadas, la procedibilidad de iniciar un proceso de recuperación de consumos irregulares que no pudieron ser evidenciados en su oportunidad, dependerá de la identidad que exista entre una u otra actuación, respecto de los elementos mencionados. En ese sentido, como lo señala el concepto unificado No. 34 de 2016, el límite temporal de la recuperación de consumos básicamente se encuentra determinado por la acreditación del dolo civil del usuario por parte del prestador.

En ese sentido, aun cuando respecto de un hecho relacionado con un consumo irregular que dio lugar a la recuperación de consumos, haya quedado en firme una decisión administrativa, lo cierto es que de acreditarse nuevo material probatorio que desmienta las razones que se tuvieron en cuenta para adoptar determinada decisión, la parte del contrato de servicios públicos que se ve afectada se encuentra facultada para iniciar los mecanismos administrativos para solicitar modificar la decisión, como es la figura de la revocatoria directa, prevista en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, siempre y cuando se cumplan las condiciones de

procedibilidad allí previstas, o acudir a los medios de control establecidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. ¿Los prestadores de servicios públicos domiciliarios que tienen en sus contratos de condiciones uniformes un procedimiento de desviaciones significativas independiente al procedimiento de recuperación de consumos por uno no autorizado del servicio pueden iniciar dos actuaciones administrativas independientes por el mismo período de facturación afectado?

Téngase en cuenta que la presencia de una desviación significativa en un consumo involucra para un prestador la obligación legal de investigarla, en los términos del artículo 149 de la Ley 142 de 1994, para determinar la facturación de los mismos. De ahí que, si no adelanta la investigación de la desviación significativa respectiva, por regla general, ello le impide la posibilidad de cobrar al cabo de los 5 meses de haber sido expedida la factura, bienes y/o servicios que no se facturaron, entre otras razones, por la desviación significativa, salvo que se compruebe el dolo del suscriptor o usuario.

Lo anterior, supone que son procedimientos autónomos e independientes, pero relacionados entre sí, tanto la desviación significativa del consumo como la recuperación del consumo. De este modo, es válido que un prestador, agotada la investigación de la desviación significativa, no haya podido determinar las causas que le dieron origen en un momento determinado, pero posteriormente y ante la necesidad de facturar consumos que no pudieron establecerse y una evidencia material, adelante la respectiva actuación administrativa de recuperación de consumos, debidamente soportada en el material probatorio que acredite las razones que dieron lugar a la investigación de la desviación significativa.

3. ¿La superintendencia de Servicios Públicos al resolver el recurso de apelación que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, tienen en cuenta material probatorio recopilado y obtenido con posterioridad el envío del expediente y antes de emitir resolución?

Téngase en cuenta que, si de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Ley 142 de 1994 “Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición”, y el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, que hace parte de la primera parte del Código, relacionada con el procedimiento general y común aplicable a las actuaciones administrativas, dispone: “Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales.”, es válido aportar pruebas en una actuación hasta antes de ser proferida la decisión.

4. “¿De acuerdo al ejemplo anterior, para el cálculo del consumo promedio histórico y el porcentaje de la desviación significativa de un inmueble, se tiene en cuenta los altos consumos confirmados por la Empresa, aunque la Superintendencia haya ordenado ajustar por no cumplir el debido proceso?”

Sobre el particular no es clara la referencia al “ejemplo anterior”. En todo caso, se trata de aspectos de carácter particular y concreto que deben ser valorados en cada situación. A su vez, deberá ser considerado que en una investigación por desviación significativa, el prestador deberá tomar en cuenta todos los aspectos y hallazgos en desarrollo de la misma.

5. “¿Tienen la facultad Los Prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios de cobrar con base en el promedio de predios en condiciones similares artículo 146 de la ley 142 de 1994, a pesar que el promedio del propio inmueble es muy inferior al del predio en condición similar?”

Tal como se acaba de señalar, la posibilidad de acudir a los mecanismos alternativos de estimación de consumos previstos en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, obedecerá a las situaciones particulares y concretas de cada caso. De otra parte, según lo señalado en el citado artículo 146, deberá verificarse lo dispuesto en el contrato de condiciones uniformes.

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/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PAGINA>.

1. Radicado: 20205291729202

Tema: DEFENSA DEL USUARIO EN SEDE DE LA EMPRESA. Recuperación de consumos.

Subtema: Procedimiento.

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. El periodo durante el cual se debe promediar puede establecerse en el contrato o haber sido establecido por el regulador de cada sector.

7. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-1008 de 2010, expediente D-8146. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 9 de diciembre de 2010.

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