

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

## OFICINA ASESORA JURÍDICA

### CONCEPTO UNIFICADO No. 34 de 2016

(Actualizado 25 de junio de 2019)

Este concepto tiene como propósito señalar el criterio jurídico unificado de esta Superintendencia en lo concerniente a la recuperación de consumos en la relación prestador – usuario y la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994; se desarrolla por la Oficina Asesora Jurídica, en el marco de sus competencias, y con fundamento en lo dispuesto en los numerales 3, 10 y 11 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002<sup>1</sup>, así como en lo indicado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, introducido por sustitución por la Ley 1755 de 30 de Junio de 2015<sup>2</sup>.

## 1. INTRODUCCIÓN

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 1994<sup>2</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> “Artículo 11. Funciones de la oficina asesora de jurídica. Son funciones de la oficina asesora de jurídica, las siguientes: (...)3. Establecer los criterios de interpretación jurídica de última instancia y fijar la posición jurídica de la superintendencia. (...) 10. Compilar y sistematizar las leyes, decretos, la normatividad, jurisprudencia y doctrina relativa al régimen de los servicios públicos domiciliarios y velar por su difusión interna. 11. Elaborar publicaciones periódicas de carácter jurídico que recopilen la doctrina institucional sobre servicios públicos domiciliarios. (...)”

<sup>2</sup> “Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

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.

## **2. FUNDAMENTOS LEGALES PARA EL COBRO DEL CONSUMO DEJADO DE FACTURAR**

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional<sup>3</sup>, el fundamento legal de las empresas de servicios públicos para adelantar las actuaciones tendientes a cobrar los consumos dejados de facturar, es una *“potestad que encuentra fundamento precisamente en la onerosidad que le es propia a este negocio jurídico, la cual, como se señaló con anterioridad, implica que el hecho de la prestación genere para la empresa el derecho de recibir el pago del servicio prestado. Adicionalmente, ésta se deriva del deber que tienen todos los usuarios de no trasladar a los demás, el costo o carga individual por el acceso y disfrute del servicio y de la obligación contractual que éstos adquieren al momento de suscribir el contrato de condiciones uniformes”*.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho del prestador para cobrar todos los conceptos que constituyen el pago de los servicios efectivamente prestados resulta inherente a la naturaleza onerosa del contrato de servicios públicos, la prohibición de gratuidad y la equidad que impone que cada usuario asuma sus cargas en lugar de distribuirlas entre los demás usuarios, salvo lo dispuesto en materia de solidaridad y redistribución de ingresos.

En ese sentido, es claro que no se requiere de fundamento legal adicional para predicar el derecho al cobro por parte del prestador, más que haber prestado el servicio bajo el contrato de servicios públicos; sin embargo, la Ley 142 de 1994 ha establecido ciertas reglas bajo las cuales puede limitarse la determinación del consumo objeto de cobro y su procedencia.

En efecto, los artículos 146 149 y 150 de la ley 142 de 1994, 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*

---

<sup>3</sup> Sentencia SU-1010 de 2008. Corte Constitucional.

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, en lo que atañe a los servicios de energía y gas, 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.(...)"

### 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<sup>4</sup>, 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.

---

<sup>4</sup> El periodo durante el cual se debe promediar puede establecerse en el contrato o haber sido establecido por el regulador de cada sector.

#### **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.

De acuerdo con el Capítulo VIII del Título Único de la Sección Tercera del CGP, el indicio es un medio de prueba regulado por los artículos 240 a 242. Ahora bien, *“para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.”* (Ver: Art. 240, CGP). La estructura del indicio requiere identificar los siguientes tres elementos:

- El hecho indicador;
- La regla de la experiencia que se busca aplicar; y,
- El hecho indicado.

Así, quien pretenda hacer valer el indicio como medio de prueba deberá probar la existencia del hecho indicador e identificar la regla de la experiencia a ser aplicada pues corresponde al operador judicial o administrativo deducir la existencia del hecho indicado.

Un punto que no puede perderse de vista es que el operador administrativo y judicial puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes de acuerdo con el artículo 241 del CGP.

Ejemplos para aplicar la regla del inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 mediante indicios:

Ejemplo 1. Supóngase, que en el mes de agosto en una visita del prestador al usuario E, se encontró que el medidor de energía estaba adulterado fruto del procedimiento que permitió establecer la manipulación por parte de un laboratorio acreditado. En ese mes, se midió un consumo de XY kWh y fruto de una investigación de aforo se determinó que la capacidad instalada de Q, en condiciones normales, generaba un consumo de WZ kWh; algo muy superior a lo observado. Al revisar los consumos de los meses de enero a julio de ese mismo usuario, se encontró que eran muy cercanos a XY kWh y que la capacidad instalada no había cambiado.

Teniendo en cuenta lo expuesto arriba, el prestador debe probar todos los elementos del inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 y lo puede hacer así:

- a. Servicios que no fueron facturados. En este caso, la medición obtenida a través del medidor no es confiable debido a su adulteración. Por este motivo, es necesario acudir a otros mecanismos de medición; por ejemplo, un aforo con base en la capacidad instalada. Así, al examinar la capacidad instalada de Q, se puede conocer el consumo que no fue facturado. En efecto, la diferencia entre WZ kWh y XY kWh sería el consumo no facturado.

Ahora bien, es muy difícil para el prestador probar que efectivamente el medidor estuvo adulterado durante los meses de enero y julio. En este sentido, se puede acudir al indicio de la siguiente manera:

- i. *Hechos indicadores*: (1) En el mes de agosto se encontró que el medidor estaba adulterado y con una capacidad instalada de Q, se reportó un consumo de XY kWh. (2) La capacidad instalada de Q genera un consumo normal de WZ kWh. (3) En los meses de enero a julio se reportaron consumos de XY kWh.
  - ii. *Regla de la experiencia*: Dada la capacidad instalada de Q, durante los meses de enero a julio el consumo debía haber sido cercano a WZ kWh.
  - iii. *Hecho indicado*: Durante los meses de enero a julio, el medidor también estuvo adulterado.
- b. Dolo de usuario o suscriptor: Para probar este elemento, también puede acudirse al indicio como medio de prueba. En este caso, el indicio se puede construir de la siguiente manera:
- i. *Hechos indicadores*: (1) Los medidores, una vez instalados, deben ser aceptados por el prestador cuando reúnan las características técnicas de acuerdo con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994. (2) Se encontró que el medidor fue adulterado en el mes de agosto. (3) La capacidad instalada Q en el predio genera un consumo, en condiciones normales, de WZ kWh. (4) El usuario sabe que el consumo que está pagando es XY kWh lo cual se ve reflejado en las facturas pagadas.
  - ii. *Regla de la experiencia*: La adulteración del medidor se hace con el fin de pagar lo correspondiente a XY kWh en lugar de WZ kWh.
  - iii. *Hecho indicado*: La adulteración del medidor refleja *la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*.

#### **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.**

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.

Esto quiere decir que si, a manera de ejemplo, encontrándonos en el mes abril de 2016, el prestador comprueba la existencia de una irregularidad que se ha extendido desde el mes de octubre de 2015 a la fecha, solo podría cobrar el consumo no facturado de los meses de marzo, febrero y enero de 2016, así como diciembre y noviembre de 2015, pues para el mes de octubre de 2015 ya habrían transcurrido cinco meses contados desde abril de 2016 cuando se va a expedir la factura recuperando consumos.

Ahora bien, en el mismo sentido, si de una desviación significativa se evidencia que existe un consumo que no fue facturado en el mes de marzo de 2017, el prestador contaría hasta el mes de agosto de 2017 como máximo para poder facturar ese consumo no registrado del mes de marzo.

Cabe señalar que si el prestador solo logra comprobar fehacientemente la irregularidad para un solo mes, no puede cobrar más que dicho mes, y ningún otro periodo.

En efecto, en adición a la limitación temporal establecida en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, los prestadores solo pueden recuperar consumos para aquellos periodos en que **puedan probar** que existió irregularidad que viabiliza la recuperación de consumos.

Si un prestador comprueba una irregularidad, es claro que dicha irregularidad afecta la determinación del consumo en el periodo de facturación en que fue encontrada, de tal suerte si el prestador pretende aducir que dicha irregularidad se ha presentado desde meses o periodos anteriores, debe proceder a probarlo de manera clara dentro del expediente para que pueda pretender la recuperación de consumos para dichos periodos anteriores.

De otra parte, si en el marco de una investigación por desviaciones significativas, le toma al prestador más de cinco meses a partir del momento en que entregó la factura, evidenciar y/o determinar la causa de la misma y la existencia de consumos que deben ser recuperados, ya no podrá efectuarlo, tal como se planteó en los ejemplos ofrecidos anteriormente, todo lo cual se predica en sujeción al cumplimiento de los presupuestos del citado artículo 150, esto es, cuando media como causa de la falta de facturación, error u omisión del prestador, o la ocurrencia de una desviación significativa que impone una investigación para determinar un eventual consumo a ser facturado, salvo, nuevamente, que al establecer la causa de la desviación significativa se compruebe el dolo del usuario en su configuración.

En complemento es de aclarar, que el artículo 150 habla de “cobros” los 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 las causas de la desviación y de la eventual existencia de consumos a recuperar, 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 los cobros no facturados, sin que el prestador haya procedido a expedir una nueva factura o un acto administrativo equivalente (en los términos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1010-2008 precitada) cobrando dicho consumo dejado de facturar en tal oportunidad, ya no podrá exigir dicho pago, excepto si interviene el dolo del usuario.

Por supuesto, un acto de facturación por cobros o consumos que no fueron facturados, expedido 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.

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

En ausencia de definición legal para las acepciones de error y omisión incluidas en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, es procedente acudir al significado que les atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>5</sup>, así:

### **Error**

Del lat. *error*, -ôris.

1. m. Concepto equivocado o juicio falso.
2. m. Acción desacertada o equivocada.
3. m. Cosa hecha erradamente.
4. m. Der. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.
5. m. Fís. y Mat. Diferencia entre el valor medido o calculado y el real.

### **Omisión**

Del lat. *omissio*, -ônis.

1. f. Abstención de hacer o decir.
2. f. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado.
3. f. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto.

### **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

---

<sup>5</sup> <http://dle.rae.es/?id=R2nYfW0>

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.**

La Ley 142 de 1994, es una ley de intervención económica por la cual el Estado ha incursionado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios en orden a establecer unas reglas y prerrogativas bajo las cuales se desarrollen las relaciones entre prestadores y entre estos y sus usuarios.

Bajo esta última premisa, la Ley 142 de 1994, ha establecido que los servicios públicos domiciliarios son el resultado de un acuerdo de voluntades entre prestadores y usuarios que se materializa a través de un contrato de prestación de servicios públicos, que puede ser de condiciones uniformes, o dependiendo de las características particulares de algunos usuarios, ser susceptible del pacto de cláusulas especiales.

Ahora bien, el artículo 132 de la Ley 142 de 1994, es diáfano al establecer el régimen legal que resulta aplicable al contrato de servicios públicos:

***“Artículo 132. Régimen legal del contrato de servicios públicos. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.***

*Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.”* (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, al cual hemos hecho alusión a lo largo del presente documento, refiere particularmente a los cobros inoportunos, y regula, como ya se mencionó, los límites que aplican para que el prestador pueda cobrar, bienes o servicios que no cobró oportunamente, por omisión, error, o investigación de desviaciones significativas.

Dichos cobros, se materializan a través de las facturas, y precisamente es al Capítulo VI denominado “De las Facturas”, ubicado en el Título II “Régimen de Actos y Contratos de las Empresas”, que pertenece el artículo 150 en cuestión.

Así, cuando el artículo 147 de la Ley 142 de 1994, indica que *las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos*, resulta natural y obvio que el subsecuente artículo 150 se encuentra igualmente referido al contrato de servicios públicos y su cumplimiento.

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 2010<sup>6</sup>, 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.

En el análisis que efectúa la Corte Constitucional, refiere:

***“4. La tradición culpabilista del Código Civil colombiano en materia de responsabilidad civil. Especial referencia a la responsabilidad civil contractual***

*4.1. La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista. Esta orientación se encuentra plasmada fundamentalmente, en lo que atañe a la primera especie, en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, y en lo que concierne a la segunda, en los artículos 2341 y 2356 del mismo estatuto. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización.*

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-1008 de 2010, expediente D-8146. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 9 de diciembre de 2010.

4.2. En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la previsibilidad, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

4.3. El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 ibídem señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:

*“La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida”<sup>7</sup>*

*“Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.*

*De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) **acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles** (artículo 1616C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (...) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, **y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados** (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)”<sup>8</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Así, la Corte Constitucional, retoma la aproximación efectuada por la Corte Suprema de Justicia respecto del dolo, al definirlo como la pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno, cuya graduación en el marco del artículo 63 del Código Civil, atiende a las relaciones contractuales y no al ámbito de los delitos o cuasidelitos.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. G.J, T IX, pág. 409.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag.356.

De acuerdo con lo expuesto, el dolo, como manifestación de la culpa, es una institución del régimen civil colombiano que goza de plena identidad y desarrollo, que antecede incluso al desarrollo de dicha noción en el régimen penal, y que por supuesto, se diferencia diametralmente de ésta.

En ese sentido, el análisis del dolo al que refiere el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, debe acometerse bajo los presupuestos que enmarcan la responsabilidad civil en materia contractual, pues se plantea en el desarrollo del contrato de servicios públicos y se predicaría únicamente respecto del incumplimiento de las obligaciones del mismo.

Ahora bien, bajo dichos supuestos, procede recordar que en virtud del artículo 1516 del Código Civil, el dolo no puede presumirse, excepto en los casos en que la ley así lo determine, de manera que, en materia de servicios públicos domiciliarios, los prestadores que pretendan el cobro de sumas por concepto de bienes o servicios, para periodos más allá del límite de los cinco meses establecidos en el artículo 150, **deberán probar el dolo por parte del suscriptor o usuario en la irregularidad que da lugar a la recuperación de consumos**, sin perjuicio de que adicionalmente deba probar para cada periodo que pretenda cobrar, la existencia de la irregularidad, tal y como se ha enfatizado a lo largo del presente documento.

Cabe señalar sin embargo, que si bien para efectos de la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, el análisis del dolo debe referir al dolo civil, ello no obsta para que, ante la evidencia de una infracción contractual que pueda llegar a constituir una conducta punible en los términos del artículo 256 del código Penal, el prestador pueda efectuar las denuncias correspondientes ante las autoridades competentes, en orden a que se realice por parte de éstas y exclusivamente en el marco de sus funciones jurisdiccionales, el análisis de culpabilidad desde el punto de vista penal.

## **6. LA RECUPERACIÓN Y COBRO DE CONSUMOS DEJADOS DE FACTURAR NO CONSTITUYE SANCIÓN.**

Como se expuso anteriormente en este documento, la Corte Constitucional en su Sentencia SU-1010 de 2008, ha señalado que las empresas prestadoras de servicios públicos están habilitadas para procurar el cobro de consumos dejados de facturar por causa no imputable a ellas, empleando para ello los mecanismos legales disponibles.

También ha indicado ese Alto Tribunal que tal prerrogativa no abarca la facultad para incluir o considerar valores por concepto de sanciones pecuniarias. Expresamente, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

*“... queda claro que la factura adicional expedida por Electricaribe por concepto de energía consumida dejada de facturar no corresponde propiamente a una sanción pecuniaria. La entidad justifica dicho cobro en las prerrogativas que le otorgan los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, disposiciones que le permiten **cobrar los servicios no facturados en caso de desviaciones significativas frente a consumos anteriores**. En distintos documentos y más*

específicamente en la respuesta al Juez 7° Penal Municipal de Barranquilla (fs. 28 a 46, especialmente f 32), la Empresa explica las formulas empleadas para calcular los consumos no registrados, las cuales se ajustan a lo señalado en la Resolución 108 de la CREG.

Por las anteriores razones, esta Sala de Revisión **considera que el cobro de la energía consumida dejada de facturar no corresponde a una sanción pecuniaria, ajustándose sí a las prerrogativas concedidas por los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.** Además, tal cobro se realiza por medio de una factura adicional, contra la cual puede interponer el usuario los recursos de la vía gubernativa<sup>9</sup>.

La Corte aclaró que cosa distinta es el cobro por el servicio consumido pero dejado de facturar, para el cual las empresas de servicios públicos se encuentran facultadas para recuperarlo:

*“No obstante, dado que por expresa disposición del artículo 149 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran facultadas para cobrar el servicio efectivamente consumido pero respecto del cual no ha recibido el pago, en estos casos las empresas accionadas podrán realizar nuevamente el proceso de facturación por este aspecto, trámite en el que se le deberá indicar a los usuarios de manera clara, precisa y explícita el valor del servicio consumido y dejado de facturar y la fórmula que se utilizó para su cálculo, sin que en ningún caso se puedan incluir o considerar valores por concepto de sanciones pecuniarias.”<sup>10</sup>*

## **7. GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO**

Por otra parte, es de referir que el cobro de los consumos dejados de facturar no configura 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, aunque también procede por error u omisión del prestador.

Ahora bien, conviene distinguir que tanto la suspensión como el corte del servicio por violación de las estipulaciones contractuales configuran una sanción al usuario, de manera que en su definición y aplicación, deben observarse los presupuestos del debido proceso, particularmente, el derecho de contradicción y de defensa, de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución Política y lo previsto en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes.

De otra parte sin embargo, la recuperación de consumos dejados de facturar se erige como una prerrogativa esencial del prestador en virtud de la naturaleza onerosa del contrato de servicios públicos, que, tal como ha reconocido la Corte Constitucional, impone que el prestador, en el acto de facturación que expida a

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-218/07. MP: Nilson Pinilla Pinilla. Expedientes T-1471373 y T-1477244 (acumulados). Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2007.

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-1008 de 2010, expediente D-8146. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 9 de diciembre de 2010.

los usuarios para el cobro de los consumos a recuperar, indique (i) los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, (ii) la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y (iii) el cálculo del mismo.

### **7.1. Oportunidad procesal para controvertir por parte del Suscriptor y/o Usuario.**

A la luz de la Ley 142 de 1994, la expedición de un acto de facturación origina la potestad para los usuarios de actuar frente a dicha decisión a través del ejercicio del derecho de petición en modalidad de reclamación y posteriormente, bajo la interposición de los recursos de reposición en sede de la empresa y de apelación, a ser resuelto en sede de esta Superintendencia.

De acuerdo con lo expuesto, el cobro por recuperación de consumos solo se materializa a través del correspondiente acto de facturación, y es a partir de ese momento en que el suscriptor y/o usuario está llamado a desplegar la discusión respecto tanto de su contenido y fundamentos jurídicos y técnicos, como de los presupuestos para la determinación del consumo que se pretende cobrar.

Conviene sin embargo referir, que es ésta también la oportunidad que tienen los usuarios para sentar la discusión jurídica respecto de la garantía del debido proceso en las actividades desplegadas por el prestador de forma previa para llegar a las conclusiones fácticas que le llevaron a efectuar el cobro que ha materializado en la factura.

En efecto, si bien el presente Concepto Unificador está dejando en claro que la oportunidad procesal para controvertir un cobro por recuperación de consumos no puede formularse por parte del usuario sino con ocasión de la existencia jurídica del mismo, lo cual ocurre con la expedición de la factura, también pretende ofrecer plena claridad respecto del hecho de que una vez expedido el cobro, el usuario puede controvertir la legalidad del procedimiento desplegado por el prestador para llegar a la determinación de dicho cobro, en especial, su apego al respeto del debido proceso.

### **7.2. Obligaciones de los Prestadores para garantizar el debido proceso en la recuperación de consumos dejados de facturar.**

De lo expuesto previamente, se tiene que los prestadores deben garantizar a los usuarios el derecho de contradicción y de defensa no solo a partir de la expedición del acto de facturación del consumo a recuperar, sino durante la actuación desplegada precedentemente y que le llevó a concluir la procedencia de dichos cobros, pues ello puede ser objeto de controversia por parte del usuario en sede de reclamación y de recursos.

En ese sentido, conviene recordar que el debido proceso se garantiza entre otras formas 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 el mecanismo bajo el cual se procederá a la determinación del consumo dejado de facturar (que como ya se

advirtió solo puede obedecer a los establecidos en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994); y, cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos.

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 los consumos efectuados 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 o irregularidad que dará origen al cobro de los consumos dejados de facturar debe garantizarse entre otros aspectos: (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 cuánto asciende el consumo no facturado esté debidamente motivada y que se encuentra igualmente explicado cómo se determinó el consumo efectuado 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.

En consecuencia, es dable concluir que la garantía al debido proceso que debe mantenerse durante toda la actuación de definición de la existencia y determinación del consumo que existió pero no fue facturado,  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 puede tener derecho a 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 para recuperación de consumos, pues cada prueba, dependiendo de su naturaleza, sea 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 decisión

en los términos del artículo 154 de la Ley 142 de 1994, y de la posibilidad de solicitar también en dichas instancias, las pruebas que aún considere necesarias.

En consecuencia, 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.

De esta manera, a modo de ilustración, en el marco de una actuación administrativa que tenga por objeto la determinación y el cobro de consumos dejados de facturar, será exigible al prestador, el cumplimiento de las siguientes previsiones:

- **El Contrato de Condiciones Uniformes.** El prestador deberá atender cada una de las etapas y trámites que haya contemplado en su CCU para la determinación y prueba de los eventos fácticos que viabilizan la recuperación de consumos.
- **Normatividad aplicable en materia de procedimientos técnicos o de protección a usuarios y/o seguridad**, expedida por los Ministerios de Minas y Energía - MME o De Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT, así como por las Comisiones de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG o de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.
- **Normas de naturaleza procesal**, en particular aquellas relacionadas con los medios de prueba procedentes y las reglas que, en virtud de la naturaleza de cada medio probatorio resultan aplicables para su decreto y práctica, en especial, las que contemplan oportunidades procesales para la intervención de los interesados.

Ahora bien, como ya se expuso, el acto de facturación debe acompañarse de un documento que contenga (i) los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, (ii) la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y (iii) el cálculo del mismo.

Dentro de dicho documento es necesario que el prestador indique expresamente la procedencia de todos los medios probatorios permitidos por la ley, en orden tanto a verificar como a desvirtuar los aspectos que allí se acrediten.

De igual manera, resulta necesario que el prestador identifique el periodo desde el cual procede o para los cuales procede la recuperación de consumo y de ser posible, identificar las fechas de comienzo y finalización de la irregularidad.

Frente a la determinación del consumo facturable, nuevamente corresponde advertir que el prestador solo podrá calcularlo en los términos del artículo 146, 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.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, éstos deben corresponder con las causales establecidas en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, esto es: (i) error, (ii) omisión, o (iii) investigación de desviaciones significativas; considerando en todo caso, que eventos no atribuibles al prestador o al usuario pueden inducir al prestador a un error en la determinación del consumo facturable. Así mismo, se predica de las acciones atribuibles al usuario tendientes a evitar que el prestador logre determinar dichos consumos, pues ello también conduce a una inducción al error al prestador en la elaboración de la factura y los consumos que allí refleja.

En lo que atañe a los fundamentos técnicos, el prestador debe determinar con claridad la naturaleza y el alcance de la irregularidad o anomalía evidenciadas, sean fallas, fugas, intervenciones, etc.

Dentro de los fundamentos técnicos y jurídicos deben reflejarse las actuaciones adelantadas y los resultados evidenciados.

## **8. ASPECTOS ADICIONALES RELEVANTES.**

### **8.1. Irregularidades ejecutadas por personas no vinculadas mediante contrato de servicios públicos.**

Como ya se señaló anteriormente en este documento, la posibilidad de la recuperación de consumos, así como el dolo a que hace referencia el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, se originan en la naturaleza onerosa del contrato de servicios públicos y/o en la vulneración de las obligaciones allí pactadas.

De tal suerte, en los términos de la Sentencia T-218 de 2007 proferida por la Corte Constitucional, las previsiones contractuales solo resultan aplicables a personas que previamente a la comisión del hecho infractor contaban con dicho nexo jurídico con el prestador.

Así, frente a personas que, sin contar con un contrato de servicios públicos, se han beneficiado y efectuado de manera irregular consumos de energía eléctrica, gas natural o acueducto, no resulta posible adelantar actuaciones de cobro de consumos dejados de facturar, sino que, encontrándose en este escenario, la empresa podrá, además de proceder a la normalización del servicio a dicho usuario, instaurar la denuncia penal por fraude ante la autoridad competente, e iniciar las demás acciones previstas en las normas civiles para obtener el pago del servicio obtenido de manera irregular, si así lo considera procedente.

### **8.2. Decisiones Empresariales en la Sentencia SU-1010 de 2008.**

Como es de conocimiento de prestadores y usuarios, la Sentencia de Unificación SU-1010 de 2008, fue expedida por la Corte Constitucional, ante la necesidad de unificar el criterio jurisprudencial que durante varios años fue plasmado en diversos fallos de tutela, respecto de la ausencia de facultad legal de los prestadores de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios.

En efecto, en el marco de la detección de irregularidades ejecutadas por los usuarios en orden a consumir energía eléctrica, denominados en su oportunidad como fraudes, los prestadores de servicios públicos aplicaron ciertas sanciones pecuniarias que carecían de fundamento legal para su procedencia.

Dentro de dichas actuaciones, los prestadores adelantaron procedimientos de carácter sancionatorio en las cuales, además de calcular dichas sanciones, también se recuperaban los consumos no registrados.

En ese sentido, los prestadores expedían “decisiones empresariales” en las cuales se reflejaban estas determinaciones y dichos actos se ponían en conocimiento de los usuarios para que contra ellos se surtieran los recursos de reposición y de apelación, para una vez en firme, proceder a reflejar los valores cobrados en las correspondientes facturas.

En sus fallos, la Corte Constitucional, si bien desvirtuó la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias en dichas “decisiones empresariales”, avaló la existencia en los mismos de cobros por concepto de consumos dejados de facturar:

“(…).

*De esta manera, si bien las "decisiones empresariales" no constituyen en estricto sentido un acto de facturación, lo cierto es que ellas son el fundamento para que, posteriormente, las empresas incluyan dentro de las facturas cobros adicionales al valor del consumo del servicio y, además, constituyen actos administrativos susceptibles tanto de recursos en la vía gubernativa como de acciones ante la jurisdicción contenciosa, razones por las que resulta necesario que para su expedición las empresas cumplan con los mismos requisitos de precisión, suficiencia y especificidad que el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 exige para los actos de facturación.*” (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, esta Superintendencia de Servicios Públicos, entiende de lo expuesto por la honorable Corte Constitucional, que mediante el fallo precitado se viabilizó una práctica procedimental desarrollada en su momento por parte de las empresas de servicios públicos dentro de las actuaciones objeto de tutela, sin que ello sea óbice para que con fundamento en lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, se insista a los prestadores para que el procedimiento de cobro de consumos recuperados se materialice en un acto de facturación propiamente dicho, respecto del cual procedan las reclamaciones y recursos establecidos en sus artículos 152 y siguientes; y no bajo el ropaje de una “decisión empresarial”, cuya conformación y naturaleza podría llevar a complejizar la recuperación de consumos como procedimiento.

## **9. CONCLUSIONES**

En orden a proveer una síntesis del análisis precedente, de manera general se plantean las siguientes conclusiones:

1. La recuperación de consumos no es una sanción al usuario, sino una prerrogativa del contrato de condiciones uniformes que se origina en la naturaleza onerosa del mismo, en virtud del cual puede recuperar lo que fue

consumido por el usuario y que no pudo ser reflejado por el equipo de medida por cualquier causa no atribuible a la falta de medición por causa del prestador.

2. La recuperación de consumos solo procede por tres razones: (i) Error del prestador: propio o al cual pudo haber sido inducido por eventos externos o actuaciones del usuario; (ii) Omisión del prestador; (iii) Investigación de desviaciones significativas.

3. El límite temporal para la recuperación de consumos es el establecido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, esto es, cinco meses contados a partir de la fecha en que fue entregada la factura en la que debió incluirse el cobro que se pretende recuperar.

4. El término para recuperar bienes y servicios suministrados y no facturados en los que se compruebe dolo de suscriptor o usuario no se somete al límite temporal del inciso primero del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

5. La aplicación de la regla prevista en el inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 exige que el prestador pruebe los siguientes tres elementos:

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

6. En materia de servicios públicos no existe la tarifa legal por lo que todos los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico son aceptados. En la misma línea, corresponde a los operadores judiciales valorar las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

7. El dolo establecido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, es de naturaleza eminentemente civil y se circunscribe a la responsabilidad que se deriva para las partes en el contrato de servicios públicos con ocasión de la vulneración de las obligaciones allí pactadas. De ninguna manera puede asimilarse al dolo de naturaleza penal.

8. La determinación del consumo a facturar cuando se establezca la procedencia de la recuperación de los mismos, solo podrá efectuarse de conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994: (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; es decir que los prestadores no pueden determinar por vía de contrato mecanismos distintos para establecer el consumo facturable a recuperar.

9. No existe presunción de naturaleza Constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria que le permita a los prestadores recuperar consumos de periodos respecto de los cuales no ha comprobado plenamente la existencia de consumos irregulares por parte del usuario. En ausencia de elementos probatorios

adicionales el prestador solo puede recuperar los consumos para el periodo en que realizó la visita en la que encontró la existencia de la irregularidad.

10. Los prestadores de servicios públicos deben establecer en sus contratos de condiciones uniformes el procedimiento contentivo de las actividades y trámites que serán desarrollados en la actuación que se despliegue para la determinación de la existencia de irregularidades y consumos dejados de facturar, incluyendo los momentos en que el usuario está llamado a intervenir (actas, práctica de pruebas, etc.). En el desarrollo de dicha actuación el prestador deberá atender el procedimiento dispuesto en su Contrato de Condiciones Uniformes, la Regulación y la Reglamentación en materia de protección de usuarios y trámites de procedimientos de visitas y revisiones, y las normas procesales tanto administrativas como de procedimiento civil pertinentes, especialmente en materia probatoria.

11. La oportunidad procesal para que los usuarios controviertan la decisión del cobro de recuperación de consumos en sus aspectos jurídicos, técnicos y de debido proceso, es la que se deriva de la reclamación contra la factura que contenga dichos cobros, así como de la interposición de los recursos de reposición y de apelación contra la decisión que resuelva dicha reclamación.

12. La factura deberá acompañarse de un documento contentivo de (i) los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, incluyendo la actuación surtida (ii) la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y (iii) el cálculo del mismo.

13. La recuperación de consumos no procede contra personas que no contaban con contrato de condiciones uniformes en el momento en que se presentó la irregularidad.

14. El cobro de recuperación de consumos debe de preferencia reflejarse en una factura y no en una decisión empresarial.

15. La garantía al derecho fundamental al debido proceso exige que el usuario tenga la oportunidad de controvertir, a lo largo del proceso, los actos del prestador, presentar reclamaciones, pruebas y recursos.

El presente Concepto Unificado recoge y reemplaza cualquier posición proferida con anterioridad a su expedición.

Original Firmado  
**ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica