

### **SANCION PECUNIARIA SERVICIO DE ENERGIA / VIOLACION AL DEBIDO PROCESO – Derecho de contradicción del infractor**

De lo anterior colige la Sala que no es cierto lo se afirma en la Resolución núm. CPR 1270 de 19 de junio de 2002, en cuanto a que “Con el objeto de garantizar el derecho de defensa que le asiste al usuario y/o suscriptor de servicio de energía eléctrica se le citó a éste a la Unidad de Pérdidas de la EPSA, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la visita, para enterarlo de su situación y dar lugar a que rinda sus descargos respectivos, tal y como lo demuestra el acta de visita 04312 de 20 de marzo de 2002”. Además del documento anterior, en el plenario no se encuentran pruebas, ni así lo alega la demandada, que indiquen que existieron oportunidades para la oposición o contradicción de las imputaciones que recayeron sobre la actora, porque la demandada no garantizó en debida forma el derecho a la defensa al no informarle con claridad que se estaba iniciando una actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción, por el cargo de presunta existencia de una irregularidad que constituye fraude, pues la simple entrega de la copia del acta de revisión no constituye una notificación sobre la iniciación de un proceso de fraude en contra de ALMAGRARIO S.A. Como bien lo anotó el a quo, esta acta, supuestamente, de inicio de la actuación administrativa, no es comunicada de manera clara, ya que no se establece la facultad que tiene el usuario para presentar sus descargos y solicitar las pruebas necesarias para controvertir lo expuesto en ella. La empresa prestadora del servicio tenía el deber de notificar, en legal forma, la apertura de dicho procedimiento, lo que de manera general se encuentra regulado por los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, por lo que la vulneración al debido proceso es indiscutible, tanto así que la actora conoció del asunto cuando se enteró de la sanción impuesta, es decir, al final del procedimiento, pues nunca se le notificó un pliego de cargos o una acusación, luego no se pudo defender.

### **SUSPENSION SERVICIO ELECTRICO / USO FRAUDULENTO DE SERVICIO DE ENERGIA – Empresa de servicios públicos puede suspender el servicio**

De manera que la empresa electrificadora no actuó en forma diligente, y además pudo suspender el servicio, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, y las contenidas en el Decreto 1303 de 1989 que, en cuanto no sean contrarias a la ley, mantienen su vigencia y deben interpretarse sistemáticamente como un todo, de conformidad con la sentencia de 8 de septiembre de 2005, expediente núm. 2002 00323, Consejero Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, citada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la cual se dijo: “El Decreto acusado consagra una serie de conductas que implican uso no autorizado o fraudulento del servicio eléctrico, entre los cuales se destacan la adulteración de las conexiones o aparatos de medición, o de los sellos instalados en los equipos, la conexión de equipos sin autorización o la reconexión sin autorización cuando el servicio ha sido suspendido ... frente a dichas conductas se prevén las sanciones de suspensión o corte del servicio y las pecuniarias, sin perjuicio de las demás que puedan imponer las autoridades judiciales competentes”.

### **SERVICIO DE ENERGIA – Cobro consumo dejado de facturar. La empresa no puede exonerar a usuario del pago del servicio público**

Ahora bien, señala la Superintendencia que dentro del concepto “sanción pecuniaria” se incluyeron dos factores: el cobro del consumo dejado de facturar con ocasión de la anomalía detectada y una sanción económica, y el Tribunal no

individualizó dichos conceptos, y para declarar improcedente la aplicación de la multa, procedió a exonerar al usuario de una energía que realmente utilizó, lo cual está expresamente prohibido, como ya lo explicó en el recurso. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley 142 de 1994, “la empresa no podrá exonerar a ningún suscriptor o usuario del pago de los servicios públicos que preste”, sin embargo, el acto sancionatorio contenido en la Resolución CP 771 de 2 de abril de 2002 (folios 75 y 75 del cuaderno principal), que fue recurrido en reposición y apelación, no se refirió ni a los consumos ni a los meses que se estaban cobrando al actor, y siempre se aludió a una sanción pecuniaria, de tal manera que al adolecer el acto de una clara motivación, a la actora se le cercenó el derecho de defensa, lo que necesariamente se ve reflejado en su escrito de presentación de los recursos. En la respuesta al recurso de reposición la empresa señala que se impone la sanción por fraude en el servicio de energía por valor de \$156'000.990.00; es la Resolución acusada núm. 5495 de 4 de abril de 2003 (folios 89 a 98), expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, única impugnante de la sentencia de primera instancia, que en respuesta al recurso de apelación en la vía gubernativa, hizo referencia a los consumos sin explicar su incidencia en el monto de lo que se denominó sanción pecuniaria por fraude en las conexiones, aplicando el Contrato de Condiciones Uniformes.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00483-01**

**Actor: ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE LA CAJA AGRARIA Y BANCO GANADERO – ALMAGRARIO S.A.**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**

**Referencia: APELACION SENTENCIA**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>1</sup>, contra la sentencia de 26 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, por medio de la cual declaró la nulidad de los

---

<sup>1</sup> Mediante auto de 14 de julio de 2008, se aceptó el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Empresa de Energía de Boyacá.

actos administrativos contenidos en las Resoluciones núms. CP 771 de 2 de abril de 2002 y CPR 1270 de 18 de junio de 2002, expedidas por la Empresa de Energía de Boyacá E.S.P., y la Resolución núm. 005495 de 4 de abril de 2003, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; y a título de restablecimiento del derecho resolvió que **ALMAGRARIO S.A.** no está obligada a pagar el valor de la multa impuesta en los actos demandados.

## I. ANTECEDENTES.

I.1- La actora, **ALMAGRARIO S.A.**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1. La nulidad de la Resolución núm. CP 771 de 2 de abril de 2002, expedida por el Presidente de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., por medio de la cual se impuso a aquella una sanción pecuniaria por valor de \$156'000.990.00, por incumplimiento del contrato de condiciones uniformes.

2. La nulidad de la Resolución núm. CPR 1270 826 de 19 de junio de 2002, que resolvió el recurso de reposición, confirmando la anterior.

3. La nulidad de la Resolución núm. 5495 de 4 de abril de 2003, proferida por la Directora Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que en respuesta al recurso de apelación confirmó la Resolución núm. CP 771 de 2002.

4. Que como consecuencia del anterior pronunciamiento, se deje sin efectos la

sanción pecuniaria impuesta mediante los actos acusados.

**I.2-** La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que es usuaria de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. en el inmueble ubicado en la salida de Sogamoso, vía Yopal, Km 1 del Municipio de Aguazul – Casanare, en virtud del contrato interadministrativo de arrendamiento de plantas de silos e instalaciones de propiedad del extinto IDEMA, suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y ALMAGRARIO S.A. el 29 de junio de 1999; que el inmueble le fue entregado por el Ministerio el 4 de marzo de 2000, como consta en acta.

Relató que en virtud de unos contratos suscritos entre el Municipio de Aguazul y DINELEC LTDA, y entre el Departamento de Casanare y un particular, dichas entidades territoriales contrataron el suministro y montaje del tablero de fuerza y control de la planta de silos arroceros del Municipio de Aguazul y la realización de las obras necesarias para su adecuación.

Aseguró que en desarrollo de los contratos anteriores, la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Casanare, autorizó retirar el contador electrónico que se encuentra instalado en el inmueble objeto del contrato de arrendamiento mencionado; que mediante Acta núm. 04179 de 16 de mayo de 2000, levantada por la Empresa de Energía, en presencia de un representante de la Gobernación del Casanare y del Gerente de **ALMAGRARIO S.A.** en el Municipio de Aguazul, se dejó constancia del cambio de medidor y de la presunta mala instalación por parte de los contratistas del Departamento; que mediante oficio 0028 de 20 de noviembre de 2000, le informó al Departamento de Casanare la situación y solicitó información sobre las actividades a realizar para dar aviso a la electrificadora; el

21 de noviembre la empresa reconoce las circunstancias del cambio de medidor y manifiesta que no habrá sanción alguna.

Precisó que en el Acta núm. 04179 de 2000 mencionada, la empresa de energía no dejó constancia de normalización del servicio, y que en dicha fecha quedó suspendido por mora en el pago de las facturas de los meses de junio a septiembre, porque con motivo de los trabajos realizados no se realizó consumo.

Que en enero de 2001, requirió la intervención del Departamento de Casanare, toda vez que la electrificadora insistió en la mala instalación del medidor; que buscó asistencia del contratista para que en asocio con la empresa de servicios públicos resolvieran la controversia; en febrero y mayo del mismo año nuevamente insistió en la intervención del Departamento de Casanare ante la persistencia de la electrificadora en la mala instalación del medidor, y posteriormente se realizaron otros requerimientos y se dejó constancia de la irregularidad proveniente de los trabajos realizados por la Gobernación, sin que se le impusiera sanción alguna, ni se normalizara el servicio.

Por lo anterior, el día 19 de noviembre de 2001, informó a la Empresa de Energía Eléctrica S.A. E.S.P. su decisión de cambiar de comercializador y contratar el servicio con la Comercializadora Andina de Energía S.A. E.S.P., lo cual no fue contestado, pero sí recibió la sanción de plano por presunto fraude, la cual tiene su origen en el Acta de Visita practicada el 20 de marzo de 2002 en la cual se repiten las anomalías que se vienen señalando desde el mes de noviembre de 2000, cuya causa proviene de los trabajos contratados por el Departamento del Casanare y el Municipio de Aguazul; que entonces la empresa de energía decide normalizar el servicio después de 16 meses de anomalías e imponer la sanción en respuesta a su decisión de cambiar de empresa prestadora del servicio.

Finalmente, señaló que mediante oficio de 14 de mayo de 2002, la Empresa de Energía de Boyacá la citó para notificarle la Resolución sancionatoria núm. CP 771 de 2 de abril de 2002, por valor de \$156'000.990.oo.

**I.3-** Citó como vulnerados los artículos 29 de la Constitución Política; 145, 146 y 149 de la Ley 142 de 1994, 54 de la Resolución CREG 108 de 1997 y el contrato de condiciones uniformes.

Argumentó que el usuario está sometido en sus relaciones con la empresa prestadora del servicio, a la Constitución y a la normativa que se ha expedido sobre el particular; que la Jurisprudencia Constitucional ha entendido que las prerrogativas de que gozan las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios son privilegios indispensables para garantizar su funcionamiento y permitir la prestación de los servicios de manera continua, pero también tienen deberes, como es el de garantizar la prestación eficiente del servicio, por lo que los usuarios gozan de derechos, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso, el principio de contradicción y la presunción de inocencia.

Que en el caso concreto, no se garantizó en forma efectiva el derecho de defensa, pues no se le informó sobre la iniciación de la actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción, al verificar la presunta existencia de una irregularidad que constituye fraude; no existió período probatorio a su favor ni una real posibilidad de controvertir el contenido técnico del acta de anomalías y del examen que practica el laboratorio correspondiente sobre los equipos de medida, luego no se le permitió demostrar que no fue quien realizó la conducta irregular ni esgrimir alguna causal eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero.

Que el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, dispone que no será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada, pero sí es su obligación hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando no funcionen, sean deficientes o la tecnología ponga a disposición instrumentos de medida más precisos; y el artículo 145 *ídem* dispone sobre el derecho tanto de la empresa como del suscriptor, de verificar el estado de los medidores y permite a aquella incluso retirar temporalmente el medidor.

Que entonces la Empresa de Energía de Boyacá no puede evadir su carga de adoptar precauciones eficaces para que los equipos de medida no se alteren y trasladar al usuario, como en este caso, toda la responsabilidad; luego si es la empresa la que a pesar de advertir las fallas en los equipos de medición, no señala al usuario nada sobre el particular y continúa facturando por más de un período con la lectura estimada o promedio del inmueble y con posterioridad sanciona al suscriptor y/o propietario, es ella la que conciente la irregularidad, porque es la que debe cerciorarse de que los medidores funcionen de manera adecuada.

Consideró que la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en materia de servicios públicos domiciliarios, desborda las facultades de la empresa prestadora que expide los actos administrativos sancionatorios y del órgano de control, inspección y vigilancia que resuelve los recursos de apelación que se interponen contra dichos actos.

Señaló que se desconoció el artículo 54 de la Resolución CREG 108 de 1997, que dispone sobre la forma de establecer el contrato de condiciones uniformes; las

conductas que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias; su cuantía y procedimiento; que el artículo 37 *ídem*, obliga a las empresas de servicios públicos a investigar las desviaciones significativas de los consumos efectuados por los usuarios en un período frente a los consumos anteriores, para lo cual deberá practicar visitas y realizar las pruebas técnicas que se requieran, con el fin de precisar la causa que origina la desviación detectada en la revisión previa.

Que la facultad de visitar los inmuebles se ve enmarcada por el artículo 145 de la Ley 142 de 1994, que se refiere al control sobre el funcionamiento de los medidores, e incluso, reitera, permite que la empresa los retire temporalmente, de lo cual se debe dejar constancia escrita, e informar al usuario acerca del derecho de estar asistido técnicamente, por lo que tanto los descargos como la asesoría de un tercero, son etapas procesales indiscutibles en que se puede solicitar la práctica de pruebas, por lo que el usuario o suscriptor tiene derecho a que la prueba de laboratorio se realice por uno diferente al de la empresa y a que la prueba de verificación de la idoneidad de los sellos así como el de la calibración del aparato de medida se realice en su presencia en asocio con el técnico electricista; que el laboratorio rinde un dictamen que puede confirmar, negar o agregar más indicios de los señalados en el acta de inspección y la empresa de servicio público no puede negar que el usuario o suscriptor esté presente en la diligencia; que el procedimiento anterior, fue desconocido.

Que las reglas de la experiencia enseñan que para verificarse la existencia de una anomalía por violación al régimen de los servicios públicos, en especial, el contrato de condiciones uniformes, debe acreditarse en el expediente, entre otros: la adulteración del medidor; que el consumo antes y después de la detección de la anomalía tenga una variación significativa, y la confirmación por parte del laboratorio de la empresa de las anomalías encontradas al momento de la visita,

todo lo cual fue desconocido por la demandada.

Que ante la dificultad de precisar el consumo exacto efectuado durante los períodos en los cuales se presentó la falla en el equipo, consistente en una falla técnica no apreciable a simple vista, el artículo 32 de la Resolución CREG 108, permite determinar el consumo facturable según el consumo promedio de los últimos 6 meses de los suscriptores o usuarios residenciales del mismo estrato que cuenten con medida, considerando el mercado total de la empresa, y para los no residenciales el consumo se determinará con base en aforos individuales, teniendo en cuenta que en las condiciones uniformes del contrato la empresa debe incluir los parámetros que utilizará para determinar el consumo; que en todo caso deberá restringirse tal aplicación metodológica a los 5 meses anteriores a la determinación de la falla técnica para efectos del cumplimiento del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

Considera que si el prestador es el responsable, el término máximo sería de 6 meses, si se trata del evento de conexión, de conformidad con la regla del inciso 4° del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, y en otros casos, deberá seguirse la regla del artículo 5° literal g), es decir, que si el contrato de condiciones uniformes prevé que la instalación de los instrumentos de medición corresponde a la empresa, y transcurre un plazo de seis meses sin que se cumpla tal obligación, se entenderá que existe omisión de la empresa en la medición.

Finalmente, expresó que la Resolución núm. CP 771 de 2 de abril de 2002, sanciona igualmente al extinto IDEMA, lo cual no se notificó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, ni se le vinculó al procedimiento.

**I.4-** La demanda fue contestada en los siguientes términos:

#### **I.4.1- LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS,**

se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo, en esencia, lo siguiente:

Se refirió a la facultad que tiene para revisar ciertas decisiones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; a la facultad sancionadora que tienen éstas, según lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 158 y 140 de la Ley 142 de 1994, y a las facultades de la CREG, otorgadas por las Leyes 142 y 143 de 1994, que dieron lugar a la expedición de la Resolución CREG 108 de 1997, en cuyo artículo 3° se refirió a las sanciones pecuniarias.

Explicó que tanto el legislador como el ente regulador facultaron a las empresas de servicios públicos, para que, previa inclusión en el clausulado del contrato de condiciones uniformes de las conductas que se consideran nocivas, impongan sanciones a los usuarios cuando incumplan sus obligaciones, para lo cual la empresa debe observar los principios del debido proceso.

Señala que el régimen de los servicios públicos obliga a las empresas a investigar las desviaciones significativas, de las que trata el artículo 37 de la Resolución CREG 108 de 1997, y una vez configurada, la prestadora del servicio debe visitar el lugar, a fin de determinar la causa que los originó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 142 de 1994 que, además, permite retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.

Que así mismo, el párrafo 2° del artículo 37 de la Resolución CREG 108 de 1997, determina que la empresa deberá realizar las pruebas técnicas que se requieran con el fin de precisar la causa de la desviación detectada en la revisión previa, y dejar constancia escrita de lo hallado; que se requiere verificar el contrato.

Anotó que hay adulteraciones al aparato de medida que son perceptibles a simple vista, como en el caso de adulteración de los sellos y/o de servicio directo antes del medidor, pero sin embargo, se otorga un plazo prudencial para presentar descargos.

Que en el caso concreto al resolver el recurso de apelación tuvo en cuenta las pruebas practicadas por la empresa prestadora del servicio, las cuales consideró conducentes, pertinentes y valoradas, conforme a las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C. de P.C., pues encontró que tanto el acta de revisión del medidor, así como el histórico de lecturas y consumos, arrojaron como resultado la existencia de las anomalías señaladas.

**I.4.2- LA EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.**, solicitó negar las pretensiones de la demanda, porque ninguna de las disposiciones citadas en la demanda fueron desconocidas por la empresa.

Señaló que **ALMAGRARIO S.A.** opera desde 1995 y es una entidad del orden nacional, con suficiente información jurídica, como para expresar que la elaboración de un acta de anomalías genera de inmediato una sanción; que su Director estuvo siempre enterado de las irregularidades en la instalación de los equipos de medida del consumo, de lo cual conocieron las directivas nacionales, quien firmó las actas de visita con constancia de que estuvo presente, en las que aparece la advertencia de que se le informa sobre la irregularidad encontrada y el derecho que tiene para asistir dentro de los cinco días siguientes a sus dependencias para enterarlo de la situación real, pero no se atendió la citación, luego no puede ahora invocar su descuido y argüir culpa de la empresa.

Que la actora se contradice cuando dice que no existió posibilidad de defensa pero que si la hubiese ejercido no hubiera tenido efecto en la decisión; que además, nunca solicitó que las pruebas técnicas se realizaran en un laboratorio diferente al de la empresa, tampoco asistió a las pruebas, ni solicitó que se hicieran en presencia del usuario en asocio de un técnico; que nunca le negó la práctica de prueba alguna, y lo que ocurrió fue que nunca se solicitó la práctica de pruebas para desvirtuar los argumentos o demostrar la no ocurrencia del fraude y exonerarse de responsabilidad.

Enfatizó en que no limitó ni coartó el derecho de defensa del usuario, sino que simplemente la actora dejó fenecer las oportunidades para ejercer su derecho.

Finalmente, anota que la actora no compareció a la notificación de la sanción, por lo que tuvo que hacerse por edicto y emplazarla por medio de un diario de circulación nacional.

## **II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.**

La sentencia apelada declaró la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, precisó que la actora no está obligada a pagar el valor de la multa impuesta.

Sobre el cargo por desconocimiento del debido proceso, el derecho de defensa y contradicción y la presunción de inocencia de la actora, estimó que debe tenerse en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en un caso semejante al planteado en este proceso, mediante la sentencia T-1204 de 16 de noviembre de 2001, al revisar el procedimiento adelantado por CODENSA al momento de imponer sanciones por encontrar anomalías en las visitas realizadas, en la cual

expresó que si bien se da por sentado que el usuario conoce su derecho de asesorarse y se señala que puede presentar descargos en el momento de la inspección o dentro del término de los 5 días siguientes, el afectado, ciudadano común, no está en capacidad de discernir que esa “acta de inspección de suministros” es el inicio de un procedimiento en virtud del cual se le puede sancionar pecuniariamente.

El a quo transcribe apartes de la mencionada sentencia y concluye que el procedimiento establecido en el contrato de condiciones uniformes para la imposición de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones por parte de los usuarios, no se adecua al debido proceso, toda vez que de lo consignado en las actas de inspección no se deduce para los usuarios que se va a iniciar un procedimiento administrativo; que en esta acta el inicio de la actuación administrativa no es comunicada de manera clara, ya que no se establece la facultad que tienen los usuarios para presentar sus descargos y solicitar las pruebas necesarias para controvertir lo allí establecido.

Que si bien el dictamen pericial afirmó que en efecto se cometió un fraude en las conexiones del equipo de medida, la empresa debió comunicarle a la actora de manera clara y expresa la irregularidad encontrada y el comienzo del proceso administrativo.

Anotó que además de lo anterior, verificado el expediente se encontraron pruebas, las cuales menciona, que demuestran un comportamiento diligente por parte de **ALMAGRARIO S.A.**, en lo relacionado con mantener en debida forma los equipos de medida, por lo que teniendo en cuenta el fallo de la Corte Constitucional, el procedimiento seguido por la EBSA vulnera el debido proceso, por lo que los actos deben ser declarados nulos.

### III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

Mediante memorial obrante a folios 312 a 319 del cuaderno principal, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, solicitó que se revoque el fallo de primer grado.

Señala que el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, es una condición ineludible para la imposición de sanciones, y como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia T-1204 de 2001, citada por el a quo, *“las empresas de servicios públicos deben observar con rigor en todas sus actuaciones las reglas del debido proceso administrativo, con mayor razón si este es sancionatorio”*.

Que el debido proceso se garantiza cuando se le indica al investigado los medios de prueba que serán utilizados por la Administración y por las partes; cuando se determinan los plazos y términos dentro de los cuales puede actuar la Administración; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; y cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos, entre otros; que en este contexto, el procedimiento general de defensa del usuario en sede de la empresa tiene un trámite preliminar, asociado con la verificación del estado de los instrumentos que se utilizan para medir el consumo y el estado de las conexiones (que incluyen las acometidas); que posteriormente se inicia el procedimiento administrativo, el cual está conformado por dos etapas: la actuación administrativa y la vía gubernativa.

Anota que por lo anterior, antes del inicio de la actuación administrativa, la empresa inicia un procedimiento previo que incluye la verificación de los

instrumentos de medida; que de conformidad con los artículos 135 y 145 de la Ley 142 de 1994, el contrato de condiciones uniformes permite, tanto a la empresa como al suscriptor o usuario, verificar el estado de los instrumentos que se utilizan para medir el consumo, así como para verificar el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato en relación con las conexiones o redes, equipos o elementos que integran una acometida externa, cuyos resultados se consignan en un acta de visita.

Que en este caso, está probado que al momento de practicar la visita técnica por parte de la Empresa de Energía de Boyacá al inmueble, se encontraron anomalías en los equipos de medición, que se pusieron de presente al usuario, lo cual nunca ha sido desconocido por **ALMAGRARIO S.A.**; se le informó claramente que el medidor instalado no medía correctamente el consumo respectivo, por lo que en ese momento era claro que existía una deuda por consumo de energía que no se había pagado a la empresa.

Que al iniciarse la actuación administrativa y comparar las mediciones entre el medidor que presentaba la anomalía y el instalado posteriormente, se constató la existencia de la anomalía ya que la diferencia era superior en promedio 5.4 veces a los consumos antes de la detección, razón por la cual la empresa pudo cobrar la recuperación de energía más el factor dos (2) sanción, es decir, los reintegros.

Enfatiza en el hecho de que la actora, desde el primer momento conoció que existía una presunta anomalía señalada por la empresa, precisamente para que la corrigiera y la solucionara, de lo cual se puede deducir que la empresa iba a dar inicio a una actuación administrativa dentro de la cual se podía constatar con certeza la ocurrencia de la anomalía señalada en la visita.

Manifiesta que en el acta de visita realizada el 20 de marzo de 2002, firmada por

el usuario, se informa de la irregularidad encontrada y se cita al usuario para que dentro de los 5 días siguientes comparezca a las dependencias de la empresa, para enterarlo de la situación real después del estudio efectuado, e indicarle los correctivos del caso a aplicar, de manera que pese a que se le informó al usuario de la situación, éste no acudió a la citación.

Que, igualmente, al momento de expedirse la decisión acusada, la empresa le indicó al usuario acerca de la posibilidad de hacer uso de los recursos en la vía gubernativa, los cuales presentó, luego no se entiende por qué se aduce que se violó el principio del debido proceso, si el usuario contó con las herramientas mínimas para ejercer su defensa, tuvo la oportunidad de rendir descargos, aportar, solicitar pruebas, presentar los recursos, y se le dieron varias oportunidades para ejercer su derecho de contradicción en sede administrativa.

Que, conforme a lo explicado, no es de recibo el argumento del Tribunal en cuanto afirma *“no era claro para el usuario que en esta situación particular se estaba frente al inicio de una actuación administrativa”*, como no es de recibo que se diga que se impuso una sanción de plano.

Finalmente, resalta que la exoneración del pago de los servicios efectivamente prestados está prohibido por la Ley 142 de 1994, en su artículo 99, numeral 9., tanto así que la prestación gratuita constituye una restricción indebida a la competencia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 34 numeral 2 *ídem*.

#### **IV. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

En la etapa procesal correspondiente a alegar de conclusión, el Ministerio Público guardó silencio.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala dilucidar si el procedimiento que culminó con una sanción que la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. impuso a la actora se adecuó al debido proceso, y se respetó el derecho de defensa y contradicción, así como esclarecer si dicha sanción incluyó el cobro del uso de energía por parte de la actora.

Los actos demandados, en resumen, consideran y disponen lo siguiente:

**- Resolución núm. CP 771 de 2 de abril de 2002, “Por la cual se impone una sanción pecuniaria”.**

Considera este acto que el día 20 de marzo de 2002, se hizo una inspección técnica al inmueble arrendado por ALMAGRARIO y se detectó una anomalía consistente en “FRAUDE A LAS CONEXIONES DEL EQUIPO DE MEDIDA”, de lo cual se levantó el acta de visita núm. 04312 de 20 de marzo de 2002, cuya copia se entregó al usuario, donde se registra la existencia de una conducta que se tipifica en la cláusula décima primera, literal c) del Contrato de Condiciones Uniformes de la EBSA, en concordancia con los artículos 53 a 55 de la Resolución CREG 108 de 1997.

Que el mencionado contrato y la Resolución núm. 543 de 1989, facultan al Presidente de la empresa a imponer una sanción pecuniaria por las conductas que vulneren el contrato, en concordancia con las disposiciones aludidas de la Resolución CREG 108 de 1997; que la Unidad de Control de Pérdidas de la

Empresa de Energía de Boyacá S.A. efectuó la liquidación de la sanción pecuniaria por valor de \$156'000.990.oo.

Resolvió este acto *“Impóngase sanción pecuniaria por la suma de \$156.000.990 ... a IDEMA-ALMAGRARIO, en calidad de suscriptor y/o usuario potencial del inmueble, situado ..., ya que su conducta se tipifica en la Cláusula ..., y conceder los recursos de reposición y apelación.*

**- El recurso de reposición y apelación.**

La actora señala que es ella la responsable del pago de los servicios en virtud del Contrato de arriendo suscrito con el Ministerio de Agricultura; que no participó en la celebración de los contratos que tenían por objeto la modificación y adecuación del sistema eléctrico de las instalaciones ubicadas en el Municipio de Aguazul, celebrados directamente entre la Gobernación de Casanare y un contratista particular y por el Municipio; que no autorizó ni recibió copia de los documentos contractuales, pese a haberlos solicitado varias veces, por lo que contrató los servicios de un ingeniero, quien se refiere a las inconsistencias encontradas; que solicitó al Ministerio que se hiciera responsable de los servicios del mencionado ingeniero y éste le respondió que era el Departamento el que debía asumir el costo; que en varias oportunidades solicitó a la empresa que designara un funcionario para hacer la revisión y se dieran las instrucciones necesarias para dar solución al impase, solicitudes que no fueron atendidas de fondo y se dieron respuestas dilatorias; que la empresa el 21 de noviembre de 2000, le manifestó que logró que se escucharan sus argumentos y no se impusiera ninguna sanción; que en varias ocasiones solicitó a la Gobernación que se tomaran las medidas necesarias.

Que por lo anterior, no es responsable del problema presentado, y que, además, fue diligente en avisar a la Gobernación y a la Electrificadora, a fin de que realizaran las adecuaciones; que si hubo un daño no le es atribuible; no hay nexo de causalidad que lo vincule porque no existe solidaridad por la ejecución de las obras y la modificación de los contadores que no realizó.

**- Resolución núm. CPR 1270 de 19 de junio de 2002.**

Este acto, que respondió el recurso de reposición, confirmó la resolución sancionatoria; menciona la visita realizada el 20 de marzo, y la anomalía consistente en "FRAUDE EN LAS CONEXIONES DEL EQUIPO DE MEDIDA"; señala que para garantizar el derecho de defensa que le asiste al usuario o suscriptor, se le citó a la Unidad de Pérdidas de la EBSA dentro de los 5 días hábiles siguientes, para enterarlo de su situación y dar lugar a que rinda descargos, *"tal y como lo demuestra el acta de visita 04312 del 20 de marzo de 2002"*. (folio 73 del cuaderno principal).

Considera que las conductas que defraudan los intereses de la Empresa, se encuentran tipificadas en el contrato de condiciones uniformes y en los actos ya mencionados; que el contrato es ley para las partes, que las conductas fraudulentas atentan contra sus intereses; que el contrato celebrado con el Ministerio de Agricultura no desvirtúa la existencia de fraude y es Almagrario quien viene disfrutando el servicio; que si bien no participó en la celebración de los contratos según la cláusula sexta del contrato de arrendamiento, se estipula que es a Almagrario a quien corresponde el mantenimiento de las instalaciones, bodegas y plantas; que lo que importa realmente es quién venía haciendo uso irregular del servicio de energía eléctrica, y por tanto es responsable de la sanción

impuesta; y que fue en el año 2000, cuando eximió de sanción a la actora, y los actos acusados se profirieron año y medio después cuando se encontró el fraude.

**- Resolución 5495 de 4 de abril de 2003.**

Esta Resolución, que respondió al recurso de apelación, consideró:

Que de conformidad con el contrato de condiciones uniformes, cláusula décima primera, "sanciones pecuniarias", que dispone que además de los hechos que conllevan la suspensión o el corte del servicio, el suscriptor y/o usuario deberá pagar a la empresa por fraude en las conexiones o aparatos de medición o control o por alteraciones que impidan su funcionamiento normal, o por acometida fraudulenta, se cobrará el consumo fraudulento; que el usuario es responsable del cuidado del equipo de medida, por lo cual deberá adoptar las medidas eficaces para que no se altere; que la anomalía fue detectada el 20 de marzo de 2002; que el cableado no era correcto porque no estaba en tubería, el electromecánico no estaba registrando, por lo que se procedió a hacer los arreglos por parte de la empresa y el contratista del cliente; que no se instaló el medidor porque el cliente tiene pendiente con la empresa el pago de energía dejado de cobrar; que analizó los consumos históricos, y por estar demostrada la existencia de la variación significativa en los consumos debe cobrar la recuperación de la energía; que los argumentos de la actora son respetables pero no desvirtúan la existencia de la anomalía encontrada en el inmueble el día de la revisión; que la empresa puede hacer efectiva la obligación con el usuario, de conformidad con el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y éste puede ejercer las acciones civiles contra quienes considere responsables de la anomalía encontrada; que de acuerdo con el artículo 47 de la Resolución 108 de 1997, la empresa no puede exonerar a ningún suscriptor o usuario del pago de los

servicios públicos que preste; que el fraude de energía encontrado está tipificado como delito según lo dispone la parte final del inciso 2° del artículo 141 de la Ley 142 de 1994; que la sanción se impone sin imputar responsabilidades para ninguna persona en particular, pues se trata de una responsabilidad de tipo objetivo.

El cargo principal que la actora endilga a los actos acusados es que **no se garantizó el derecho de defensa, pues no se le informó sobre la iniciación de la actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción, ya que sólo se le entregó copia del acta de revisión.**

Según el acta de visita de 22 de marzo de 2002 (folio 73), se encontró *“las conexiones de los transformadores de medida o los medidores no eran correctos por lo tanto la medida no estaba registrada. Las lecturas con reporte en los recibos no es el consumo real”*. *Mediante esta acta se le está informando al usuario de la irregularidad encontrada y se le cita dentro de los cinco (5) días siguientes a partir de la fecha, a las dependencias de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. para enterarlo de la situación real después del estudio técnico efectuado e indicarle los correctivos del caso que debe aplicar”*.

De lo anterior colige la Sala que no es cierto lo se afirma en la Resolución núm. CPR 1270 de 19 de junio de 2002, en cuanto a que *“Con el objeto de garantizar el derecho de defensa que le asiste al usuario y/o suscriptor de servicio de energía eléctrica se le citó a éste a la Unidad de Pérdidas de la EPSA, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la visita, para enterarlo de su situación y dar lugar a que rinda sus descargos respectivos, tal y como lo demuestra el acta de visita 04312 de 20 de marzo de 2002”*.

Además del documento anterior, en el plenario no se encuentran pruebas, ni así lo alega la demandada, que indiquen que existieron oportunidades para la oposición o contradicción de las imputaciones que recayeron sobre la actora, porque la demandada no garantizó en debida forma el derecho a la defensa al no informarle con claridad que se estaba iniciando una actuación administrativa tendiente a la imposición de una sanción, por el cargo de presunta existencia de una irregularidad que constituye fraude, pues la simple entrega de la copia del acta de revisión no constituye una notificación sobre la iniciación de un proceso de fraude en contra de **ALMAGRARIO S.A.**

Como bien lo anotó el a quo, esta acta, supuestamente, de inicio de la actuación administrativa, no es comunicada de manera clara, ya que no se establece la facultad que tiene el usuario para presentar sus descargos y solicitar las pruebas necesarias para controvertir lo expuesto en ella.

No se advierte del expediente que hubiera existido período probatorio a favor de la actora, ni una real posibilidad de controvertir el contenido técnico del acta de anomalías y del examen que practica el laboratorio sobre los equipos de medida.

Si bien es cierto que obra en el expediente el peritaje de un auxiliar de la justicia (folio 248) ordenado por el Tribunal Administrativo, quien confirma lo expuesto en el acta de visita sobre las irregularidades encontradas, lo cierto es que a la sancionada se le cercenó el derecho de defensa, se repite, porque la empresa debió comunicarle de manera clara y expresa la irregularidad encontrada y el comienzo del proceso administrativo.

La empresa prestadora del servicio tenía el deber de notificar, en legal forma, la apertura de dicho procedimiento, lo que de manera general se encuentra regulado

por los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, por lo que la vulneración al debido proceso es indiscutible, tanto así que la actora conoció del asunto cuando se enteró de la sanción impuesta, es decir, al final del procedimiento, pues nunca se le notificó un pliego de cargos o una acusación, luego no se pudo defender.

Aunado a lo anterior, resulta relevante transcribir las normas pertinentes que sobre el particular trae la Ley 142 de 1994, citadas por el actor en su escrito de demanda, en las cuales se observa que EBSA tenía mecanismos y/o atribuciones para solucionar el problema presentado:

**“ARTÍCULO 144. DE LOS MEDIDORES INDIVIDUALES.** *Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.*

*La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles.*

**No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa,** cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. **Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.**

...”

**“ARTÍCULO 145. CONTROL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIDORES.** *Las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.”* (Negritas fuera de texto)

De manera que la empresa electrificadora no actuó en forma diligente, y además pudo suspender el servicio, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, y las contenidas en el Decreto 1303 de 1989 que, en cuanto no sean contrarias a la ley, mantienen su vigencia y deben interpretarse sistemáticamente como un todo, de conformidad con la sentencia de 8 de septiembre de 2005, expediente núm. 2002 00323, Consejero Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, citada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la cual se dijo: *“El Decreto acusado consagra una serie de conductas que implican uso no autorizado o fraudulento del servicio eléctrico, entre los cuales se destacan la adulteración de las conexiones o aparatos de medición, o de los sellos instalados en los equipos, la conexión de equipos sin autorización o la reconexión sin autorización cuando el servicio ha sido suspendido ... frente a dichas conductas se prevén las sanciones de suspensión o corte del servicio y las pecuniarias, sin perjuicio de las demás que puedan imponer las autoridades judiciales competentes”*.

Precisamente la sentencia en mención al referirse al debido proceso, señala:

***“USO FRAUDULENTO DE ENERGIA - Obligación de reglamentar el Decreto 1303 de 1989 a cada empresa prestadora del servicio o de aplicar normas generales del C.C.A. / FALTA DE REGLAMENTACION EN PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIONES Y SANCIONES DEL SERVICIO DE ENERGIA - Invulneración del derecho al debido proceso.***

*En cuanto concierne a la censura de violación del artículo 29 de la Carta Política, por no contener el Decreto acusado trámite alguno que garantice la defensa del acusado, la Sala considera que no está llamada a prosperar, pues el artículo 26 de dicho Decreto consagra: “Reglamentaciones. Cada entidad deberá expedir una reglamentación que permita el desarrollo y aplicación de este Decreto, en un término no superior a dos (2) meses contados a partir de su publicación, todo en concordancia con el Decreto- ley 01 de 1984”. Según el artículo 1º, ibídem, por entidad debe entenderse “Persona natural o jurídica, pública o privada, responsable de la prestación del servicio de energía*

*eléctrica, legalmente autorizada para ello". De lo anterior colige la Sala que si bien el Decreto acusado no consagra trámite alguno para su aplicación, no por ello puede afirmarse que esté proscrita cualquier actuación de la Administración para adelantar la investigación tendiente a establecer la conducta de fraude e imponer la correspondiente sanción, pues, como quedó visto, es directamente la empresa prestadora del servicio la que debía expedir la correspondiente reglamentación y, en todo caso, **en el evento de no existir tal reglamentación, resultan aplicables las disposiciones de la primera parte del C.C.A., por mandato del artículo 1º del mismo, normas estas que garantizan el derecho de defensa del administrado.**" (Negrillas fuera de texto).*

Además obran en el expediente (cuaderno de antecedentes administrativos) pruebas que demuestran el comportamiento diligente de la actora, en tanto que puso en conocimiento de la EBSA los problemas presentados y la necesidad de que se le solucionaran, a saber:

- Copia del oficio Núm. 0014 radicado en la empresa el 17 de agosto de 2000, en el cual le comunica que de las facturas de junio, julio y agosto de 2000, se pusieron de acuerdo en que existía un escape o pérdida de energía, comprometiéndose en enviar un técnico de la electrificadota, pero que a la fecha no había llegado, y que sin embargo llegó otra cuenta, que nunca ha consumido ya que la cuenta se encuentra paralizada y nunca ha funcionado, por lo que requiere una explicación para avisar a la oficina principal (folio 8).

- Mediante oficio recibido en Almagrario S.A. el 20 de septiembre de 2000, la empresa comunicó que no se había realizado la visita por problemas de transporte (folio 10).

- Copia de un oficio recibido el 8 de febrero de 2001, en el cual la actora comunica a la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación de Casanare que los técnicos de EBSA se presentaron a sus instalaciones y manifestaron que el

contador que ellos pusieron en funcionamiento en la sub-estación de esa planta quedó mal instalado, y que por lo tanto solicita que la persona que lo hizo se presente a la planta para hacer una revisión, junto con el personal de la electrificadora, para que definitivamente quede en funcionamiento, para bien del contratista, de la electrificadora y de ALMAGRARIO S.A. (folio 31).

- Mediante oficio de febrero 5 de 2001, con copia a la electrificadora, **ALMAGRARIO S.A.** comunica a la Gobernación de Casanare que técnicos de la EBSA se presentaron y revisaron el medidor, encontrándolo mal instalado, por lo que le solicita una revisión.

- Oficio enviado el 15 de mayo de 2001, en el cual le informa a EBSA que el técnico eléctrico de la Gobernación realizó la revisión y conexión del nuevo contador, por lo que pidió que se enviara un técnico de la electrificadora para constatar el trabajo (folio 44).

Ahora bien, señala la Superintendencia que dentro del concepto “sanción pecuniaria” se incluyeron dos factores: el cobro del consumo dejado de facturar con ocasión de la anomalía detectada y una sanción económica, y el Tribunal no individualizó dichos conceptos, y para declarar improcedente la aplicación de la multa, procedió a exonerar al usuario de una energía que realmente utilizó, lo cual está expresamente prohibido, como ya lo explicó en el recurso.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley 142 de 1994, *“la empresa no podrá exonerar a ningún suscriptor o usuario del pago de los servicios públicos que preste”*, sin embargo, el acto sancionatorio contenido en la Resolución CP 771 de 2 de abril de 2002 (folios 75 y 75 del cuaderno principal), que fue recurrido en reposición y apelación, no se refirió ni a los consumos ni a los meses que se estaban cobrando al actor, y siempre se aludió a una sanción

pecuniaria, de tal manera que al adolecer el acto de una clara motivación, a la actora se le cercenó el derecho de defensa, lo que necesariamente se ve reflejado en su escrito de presentación de los recursos. En la respuesta al recurso de reposición la empresa señala que se impone la sanción por fraude en el servicio de energía por valor de \$156'000.990.00; es la Resolución acusada núm. 5495 de 4 de abril de 2003 (folios 89 a 98), expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, única impugnante de la sentencia de primera instancia, que en respuesta al recurso de apelación en la vía gubernativa, hizo referencia a los consumos sin explicar su incidencia en el monto de lo que se denominó sanción pecuniaria por fraude en las conexiones, aplicando el Contrato de Condiciones Uniformes.

Por lo demás, la Sala considera pertinente transcribir apartes de la sentencia de la Corte Constitucional, SU-1010 de 2008, Magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil, por medio de la cual decidió revocar más de 50 sentencias de tutela, por violación al derecho fundamental al debido proceso, y **“DEJAR SIN EFECTOS las decisiones sancionatorias proferidas dentro de los expedientes citados en los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de la presente sentencia y ORDENAR a las empresas de servicios públicos domiciliarios accionadas en los procesos referidos, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, eliminen de las cuentas de los usuarios los valores allí consignados en virtud de los actos administrativos en mención, que figuren a título de sanción e intereses de mora, o a cualquier otro que tenga la misma connotación jurídica de éstos”**. Transcurrió así la Sala:

*“Ahora bien, en relación con la facultad de las empresas de servicios públicos domiciliarios para imponer sanciones de carácter pecuniario, la Corte hizo un recorrido por las tres fases que ha seguido la jurisprudencia con posiciones distintas y por las normas que regulan las atribuciones que se confieren a dichas empresas, **para concluir que no están habilitadas para establecer las conductas que***

**constituyen infracciones, ni las sanciones por la realización de tales conductas o para determinar el procedimiento a aplicar. De igual modo, señaló que del contenido normativo de los artículos 140 y 142 de la Ley 142 de 1994, no puede derivarse que el legislador haya autorizado a las empresas de servicios públicos domiciliarios para imponer sanciones de carácter penal y pecuniario. En este sentido, la imposición de cobros a este título comporta una vulneración del derecho al debido proceso de los usuarios por desconocer los principios de reserva de ley, legalidad y tipicidad, en cuanto las conductas, la sanción y el procedimiento que informa el ejercicio de la potestad sancionadora y la regulación de los servicios públicos domiciliarios deben estar contenidos en la ley. A su juicio, tales cobros constituyen una extralimitación de las funciones y prerrogativas que les han sido reconocidas por la ley a las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, ya sean públicas o privadas. Por otra parte, no es posible por la vía de analogía o de la remisión normativa, aplicar la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, toda vez que la Ley 142 de 1994 establece una regulación especial e integral de las consecuencias que se generan del mismo y a las facultades que pueden ejercer las empresas en estos eventos.**

... . En los casos concretos estudiados por la Corte, se encontró que las entidades accionadas impusieron sanciones de contenido pecuniario a los usuarios frente al incumplimiento del contrato de condiciones uniformes. De acuerdo con el material probatorio que obra en los expedientes, las empresas accionadas efectuaron el cobro de sumas de dinero que van más allá de la contraprestación por el servicio consumido, los cuales fueron facturados luego de realizar procesos administrativos que concluyeron con la expedición de “decisiones empresariales” en las que se declaró el incumplimiento del contrato de condiciones uniformes. **Para la Corte, los actos mediante los cuales las empresas efectuaron cobros a título de sanción constituyen actuaciones arbitrarias que comportan una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los usuarios, por haber sido expedidas sin tener facultad para el efecto. A pesar de que la mayoría de ellas ejercieron el recurso de reposición ante la propia entidad y en algunos los recursos de apelación y queja ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo cierto es que fueron decididos bajo la consideración de que dichas empresas sí tenían facultad para imponer sanciones de contenido pecuniario, conclusión que de acuerdo con lo expuesto, resulta inaceptable.**

**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 domiciliarios sí se encuentran facultadas para recuperarlo.**

En consecuencia, las decisiones administrativas que impusieron cobros a título de sanción fueron dejadas sin efectos con el fin de proteger los derechos vulnerados de los accionantes, por constituir una extralimitación de las prerrogativas reconocidas por la ley a las empresas de servicios públicos domiciliarios y no contener los

elementos necesarios para establecer con claridad y precisión, cuál es el valor correspondientes al servicio efectivamente consumido pero no facturado. De igual forma, se ordenó a las empresas accionadas, eliminar de las cuentas de los usuarios los valores allí consignados en virtud de los actos administrativos en mención.

Por otra parte, 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 han recibido el pago, **las empresas accionadas podrán en estos casos, realizar nuevamente la facturación por este aspecto, trámite en el cual se le deberá indicar 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.**

En relación con aquellos casos en los cuales las decisiones empresariales se refieren al cobro del servicio consumido y no facturado, la Corte consideró necesario aplicar la misma solución, dado que para el momento en que fueron expedidas estas decisiones administrativas las empresas de servicios públicos domiciliarios actuaron bajo la lógica de que ellas sí tenían facultades para imponer sanciones de tipo pecuniario. Es posible y probable que bajo esta concepción, las empresas hayan considerado al momento de liquidar el monto del servicio consumido y no facturado, algún tipo de sanción pecuniaria por el incumplimiento.

En aquellos expedientes en que los peticionarios ya habían firmado acuerdos de pago o contratos de transacción, la Corporación ordenó a las empresas de servicios públicos domiciliarios accionadas que efectúen un análisis de estos casos, a fin de establecer si lo que se les exigió a los peticionarios fue el pago de una sanción pecuniaria. En caso de ser así, deberán efectuar las devoluciones de aquellos dineros que hayan recibido sin existir una causa jurídica válida y eliminar de las cuentas de los usuarios cualquier cobro que figure a título de sanción.

... . En efecto, los actos de facturación de las empresas son susceptibles de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el ejercicio de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Para la Corte, en principio, no se encuentra comprometido un derecho fundamental que hiciera procedente la tutela, pues los propios accionantes afirman que continúan recibiendo los servicios públicos domiciliarios que prestan las empresas accionadas. El problema jurídico debe ser resuelto a través de los mecanismos ordinarios de protección judicial, por no existir motivo alguno que justifique la intervención inmediata del juez constitucional para solucionar los conflictos económicos planteados los usuarios".(Negrillas fuera de texto).

Así pues, lo reseñado pone de manifiesto la confirmación de la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

**F A L L A :**

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 26 de julio de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

**SEGUNDO.-** Tiénese al doctor **MARIO LUIS HINESTROSA ORTIZ**, como apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el poder obrante a folio 50 del cuaderno núm. 2.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4 de octubre de 2012.

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
Presidenta

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO**