

CONTRATO DE CONDICIONES EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanciones pueden ser incluidas en los contratos / LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS NO PUEDEN IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS O MULTAS A LOS USUARIOS - Facultad exclusiva del legislador

Al respecto, observa la Sala que si bien la norma se refiere a la cancelación de las “demás sanciones previstas” como requisito para obtener la reconexión del servicio suspendido o cortado, tal previsión debe entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, que se aplica la exigencia de pago, cuando existen tales sanciones y por lo tanto, pueden ser incluidas en los contratos de condiciones uniformes e impuestas en los casos en que resulten procedentes, evento en el cual, obviamente, si no se cumple con su pago, no habrá lugar a la reconexión del servicio; pero esto no quiere decir de ninguna manera, que el artículo 142 esté autorizando a las empresas para establecer ellas mismas, qué clase de sanciones incluyen en dichos contratos, para ser impuestas a sus usuarios, puesto que la determinación del régimen sancionatorio es del exclusivo resorte del legislador. Precisamente, en forma reciente, la Ley 1150 de 2007, estableció en su artículo 105 el deber de las empresas de servicios públicos de establecer en las condiciones uniformes del contrato, las sanciones pecuniarias que impondrán a los usuarios o suscriptores por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como la manera de establecer la cuantía y el procedimiento de imposición de tales sanciones, con las garantías propias del debido proceso; sin embargo, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2008, por considerar que violaba el principio de unidad de materia. No desconoce la Sala que, dentro de la libertad de configuración legislativa que le compete, bien puede el Congreso a través de la ley, establecer la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias o multas, pero lo cierto es que no lo hizo en la que expidió precisamente para regular todo lo concerniente a estos servicios esenciales, de modo que no pueden dichas empresas, arrogarse unilateralmente tal facultad, ni mucho menos pueden las comisiones reguladoras de servicios públicos otorgárselas, por cuanto no está dentro de sus facultades hacer tal clase de concesiones. Volviendo al presente caso, no obstante la inexistencia de norma legal que así lo autorizara, la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- en el artículo 54 de la Resolución 108 de 1997 demandado, dispuso que las empresas debían establecer, en el contrato de condiciones uniformes, “(...) en forma clara y concreta, qué conductas del usuario se consideran incumplimiento de éste y dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la empresa, la manera de establecer su cuantía y el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la sanción a que haya lugar”.

FUNDAMENTO JURIDICO - Empresas prestadoras de servicios / IMPOSICION DE SANCIONES PECUNIARIAS - Sanción

Fundamento jurídico de la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de imponer sanciones pecuniarias a los suscriptores y usuarios de los servicios, el Decreto 1303 de 1989; al respecto, observa la Sala: El Decreto 1303 del 19 de junio de 1989, fue expedido con fundamento en las Leyes 113 de 1928, 109 de 1936 y 126 de 1938 y efectivamente, contemplaba, entre otras cosas, en su artículo 20, las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del servicio eléctrico. La Ley 113 del 21 de noviembre de 1928, “Sobre estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de agua”, entre otras cosas, se refirió al aprovechamiento, por parte de la Nación, los departamentos y los municipios, de la fuerza hidráulica de corrientes y caídas de

agua para efectos de producción de energía eléctrica, estableciendo el uso exclusivo de tal fuerza hidráulica por parte de dichas entidades públicas; es así como la ley autorizó al Gobierno Nacional para contratar estudios sobre algunas corrientes y caídas de agua y su posible aprovechamiento para el desarrollo de la fuerza hidráulica, y en caso de que sirvieran para producir energía eléctrica para la satisfacción de las necesidades de las distintas regiones del país, lo autorizó para verificar la instalación de las plantas adecuadas para tales servicios; además declaró de utilidad pública el aprovechamiento de la fuerza hidráulica para todo objeto permitido por las leyes y declaró la reserva de dominio a favor de la Nación, del uso de la fuerza hidráulica que podía desarrollarse con las aguas que le pertenecían, sin perjuicio de los derechos adquiridos, y de el uso de la fuerza hidráulica establecido o concedido legalmente a favor de las empresas públicas departamentales o municipales con anterioridad, dándole así mismo la posibilidad al Gobierno Nacional de ceder a municipios o departamentos hasta por 50 años, el uso de la fuerza hidráulica de su territorio. La Ley 109 del 11 de mayo de 1936, “sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio” , se refirió a la legalización de funcionamiento de las empresas que se encontraran las empresas que aprovecharan aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía, cuyos reglamentos y tarifas tendrían que ser aprobados por el Gobierno, con el fin de que no pudieran en ningún caso imponer condiciones o cobrar tasas que excedieran de los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial. Por su parte, la Ley 126 del 26 de octubre de 1938, versó “sobre suministro de luz y fuerzas eléctricas a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas”. El artículo 1º de dicha ley, estableció que el suministro de energía eléctrica era un servicio público fundamental, en cuyo establecimiento, desarrollo y financiación cooperarían la Nación, los Departamentos y los Municipios; estableció así mismo, el deber de la Nación y los departamentos de contribuir con la construcción, ensanche o mejoramiento de las plantas eléctricas que se establecieran en los municipios y las formas de cooperación entre las distintas entidades territoriales, para el establecimiento de plantas eléctricas y grandes centrales hidroeléctricas, así como para la canalización primaria para prestar el servicio; mediante esta ley, así mismo, se declaró de utilidad pública la adquisición por la Nación, los Departamentos y los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar el servicio público, las cuales quedarían sometidas al control del Gobierno Nacional, y se defirió a los concejos municipales la expedición de las normas relativas a la municipalización de las plantas eléctricas existentes en los municipios. Es claro entonces, que el mencionado Decreto reglamentario perdió su vigencia, dejó de regir, y por lo tanto -aparte de que las facultades sancionatorias deben tener origen legal- el mismo, no puede ser el fundamento jurídico de la supuesta potestad sancionatoria radicada, según la entidad demandada, en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica. Y en este punto, llama la atención de la Sala el hecho de que la CREG aduzca, en defensa de su acto administrativo y de la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de imponer sanciones pecuniarias, la existencia del Decreto 1303 de 1989, cuando ella misma, en Concepto MMECREG-1721 del 14 de septiembre de 1998, había admitido la inaplicabilidad del Decreto por la expresa derogatoria de las leyes que reglamentaba.

AUTOTUTELA QUE OSTENTAN LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS - Competencia / FUNCION ADMINISTRATIVA - Decisiones unilaterales obligatorias / EXTRALIMITACION DE FUNCIONES - Funciones distintas de

las que le atribuyen la constitución y la Ley. Régimen de servicios públicos pueden ser prestados por particulares

En defensa de la legalidad de las normas cuya legalidad se cuestiona, que la facultad de imponer sanciones pecuniarias por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se deriva de lo dispuesto en el artículo 54 de la Resolución 108 expedida por la CREG, sino que tales empresas, pueden incluir en sus contratos de condiciones uniformes las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento contractual de los suscriptores o usuarios -como el consistente en efectuar conexiones fraudulentas-, en virtud del poder de autotutela que la ley de servicios públicos les ha otorgado, conforme al cual ellas pueden expedir actos administrativos mediante los cuales deciden por sí y ante sí la aplicación de las sanciones pecuniarias o multas previstas en el contrato, citando en defensa de esta afirmación la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los contratos estatales, en la cual se reconoció a la Administración dicha potestad, en virtud de su poder de dirección y control de la ejecución de los contratos y que, según la demandada, la Ley 142 de 1994 también les ha otorgado a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en orden a garantizar su eficiente, continua y segura prestación, por lo cual éstas también poseen tal potestad, en virtud además, de la aplicación del Código Contencioso Administrativo a sus actuaciones, en tanto ejercen funciones administrativas. Al respecto, advierte la Sala que tal y como ya lo definió en pasada ocasión la jurisprudencia, una cosa es el poder de autotutela que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración Pública y otra cosa es la competencia en virtud de la cual puede ejercerlo; porque el hecho de que ella -o cualquier persona que por disposición legal ejerza función administrativa- pueda manifestarse a través de decisiones unilaterales obligatorias, es decir, mediante la expedición de actos administrativos en los que resuelve unilateralmente las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, no significa que pueda hacerlo indiscriminada y arbitrariamente, por cuanto el ejercicio de la función administrativa está enmarcado dentro de unos límites expresamente impuestos por la ley, que es la que define en qué términos dicha función puede ser ejercida, y establece concretamente qué pueden hacer las autoridades administrativas, a tal punto que la misma Constitución Política consagra en su artículo 6º la responsabilidad general de los servidores públicos por violación de la Constitución y la ley, como opera para todos los habitantes del territorio nacional, pero también una responsabilidad especial, por el incumplimiento o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y el artículo 121 de la misma codificación supralegal, establece que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”; de tal manera, que no habrá competencias implícitas ni supuestas, por cuanto se impone en todas las actuaciones administrativas -y de las autoridades estatales en general- el principio de legalidad, que, como es bien sabido, es configurativo del Estado de Derecho y constituye el pilar fundamental dentro de las garantías de los asociados frente al Poder Público.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES - Principio constitucional del debido proceso / ACCION DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Fundamento legal

El análisis del derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual implica, entre otras cosas, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, debiéndose entender esta disposición en forma extensiva a toda clase de actuación -no sólo judicial- que implique la derivación de una sanción para el

administrado, puesto que la norma constitucional inicia estableciendo que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En consecuencia, también en el ámbito de las actuaciones administrativas, debe darse aplicación al principio de legalidad de las penas o sanciones. Puesto que en materia de servicios públicos domiciliarios, las facultades que se les otorgan a las empresas prestadoras de los mismos para que sean ejercidas frente al incumplimiento de los suscriptores o usuarios respecto de sus obligaciones contractuales dan lugar al ejercicio de función administrativa, por expresa disposición de la ley, tal ejercicio, sin lugar a dudas, debe efectuarse con estricta observancia de este derecho fundamental del debido proceso, lo que implica, como ya se vio, entre otras cosas, que de manera previa, deben estar legalmente contempladas tanto las conductas que se consideran infractoras, como las decisiones que frente a las mismas, pueden tomar las empresas. En el presente caso, la ley sólo les otorgó competencia para suspender o dar por terminado el contrato, y para cortar los servicios a los suscriptores o usuarios, en los eventos específicamente contemplados por la misma ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá, D. C, treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00003-00(26520)

Actor: CORPORACION LIGA DE USUARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS EN BARRANQUILLA

Demandado: NACION - COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS CREG

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD

Corresponde a la Sala decidir la demanda de nulidad formulada contra los artículos 53 y 54 parágrafos 1º y 2º inclusive, de la Resolución N° 108 de 1997, acto administrativo proferido por la Nación - Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.

I. ANTECEDENTES

1 - La Demanda:

A través de su representante legal y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del CCA, la Corporación Liga de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios en Barranquilla presentó demanda el 23 de enero de 2004, cuyas pretensiones apuntan a obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 53 y 54 parágrafos 1º y 2º de la Resolución N° 108 de 1997. (fls. 1 a 9).

1.1. Hechos:

El demandante dio cuenta de la expedición del acto administrativo demandado, en virtud del cual la CREG, sin tener competencia para ello, autorizó a las empresas de servicios públicos de energía eléctrica la imposición de sanciones pecuniarias a los usuarios.

Como consecuencia de tal autorización, dichas empresas elaboraron sus contratos de condiciones uniformes, en los que se atribuyeron la facultad de investigar, preconstituir pruebas, establecer los montos de las multas y aplicarlas directamente, sin la intervención de ningún juez de la República, convirtiéndose por vía de hecho, en juez y parte, con clara violación de los principios generales del Derecho como la buena fe, la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho de defensa, de contradicción y publicidad de la prueba, elementos axiológicos que hacen parte de los derechos humanos y de la dignidad humana, reconocidos por nuestro país en los tratados internacionales.

En aplicación de tales contratos, las mencionadas empresas han sancionado pecuniariamente a miles de usuarios por cuantiosas sumas de dinero, sin que éstos hayan podido defenderse en forma eficaz y oportuna, y ante la amenaza del corte de energía eléctrica o el embargo de sus bienes, se ven constreñidos a pagar tales sanciones, en desmedro de sus derechos al debido proceso y de defensa.

1.2. Normas violadas.

Se indicaron como normas violadas los artículos 29 y 150 numerales 1º y 2º de la Constitución Nacional; los artículos 73 numeral 21, y 141, de la ley 142 de 1994; el artículo 256, de la Ley 599 de 2000 (Código Penal); el artículo 16, de la Ley 80 de 1993.

1.3. Concepto de la violación.

Adujo el demandante que el artículo 150 numerales 1 y 2 de la Constitución Política fue violado por las disposiciones acusadas, ya que sólo el Congreso tiene competencia para expedir leyes y sólo a través de la ley, se pueden establecer conductas sancionables pecuniariamente; la Ley 142 de 1994, no contiene norma alguna que autorice a las empresas de servicios públicos a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios ni autoriza a la CREG para crear normas punitivas de carácter sancionatorio, y recordó cómo la Corte Constitucional ha sostenido, que uno de los principios esenciales del derecho sancionador, es el de la legalidad.

En relación con el artículo 73, numeral 21, de la Ley 142 de 1994, alegó el demandante que fue violado, ya que la CREG no tenía competencia para dictar los artículos 53 y 54 de la Resolución acusada; el numeral 21 del art. 73, autoriza a las comisiones de regulación para *“Señalar de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario”*.

Por su parte, el artículo 54 de la Resolución 108 de 1997, lo que hace es darle facultades a las empresas para que multen a los usuarios directamente, es decir, para que abusen de su posición dominante. Sostiene el demandante que *“Autorizar que en un contrato de servicios públicos domiciliarios - de adhesión y confeccionado por la empresa, prestado por particulares y/o el Estado, ésta pueda imponer multas o sanciones a otro particular, llamado usuario, en forma directa y sin que intervenga un juez de la República es contrario a derecho, ya que aunque fueran válidas estas cláusulas exorbitantes, el competente para imponerlas sería un juez de la República y no un particular, porque se violaría flagrantemente el artículo 29 de la Constitución y los artículos 227 y 228 de la misma.- Se consagraría el derecho de hacerse justicia por su propia mano, lo cual es una aberración jurídica”*.

Según el actor, se violó también el artículo 256 del Código Penal, porque la defraudación de fluidos, entre ellos, el de energía eléctrica, ya fue tipificada como delito por el Código Penal; y el sindicado de haber incurrido en alguna de las conductas allí enunciadas, goza del derecho al debido proceso (art. 29. C.P.),

conforme al cual debe ser investigado por la Fiscalía y juzgado por un juez penal, que será quien decida sobre su responsabilidad penal y pecuniaria, y quien le imponga las multas que resulten procedentes. La CREG, a juicio del demandante, no puede derogar normas del estatuto penal.

La resolución demandada, viola también directamente el artículo 29 de la Constitución, pues con base en ella las empresas juzgan a los usuarios y les imponen sanciones pecuniarias sin la intervención de un juez, y con desconocimiento del debido proceso, de la presunción de inocencia, del derecho de defensa, vulnerando el principio de publicidad y contradicción de la prueba, el principio de que nadie puede fabricarse sus propias pruebas, y sin que exista una doble instancia; con fundamento en dicha resolución, las empresas *“...en forma intempestiva y a espaldas de usuario, practican la denominada ‘revisión’ de las instalaciones y contadores, en una Acta pre - impresa consignan falsedades que se convierten en verdad inconcusa, el contador o medidor, es manipulado solo por ellos, se pierde la cadena de custodia de la prueba y con fundamento en esta prueba ‘reina’, se produce una Acto Empresarial, que determina una sanción pecuniaria de miles y hasta de millones de pesos con la desventaja para el usuario, que no atienden sus razones pues la empresa no es imparcial sino parcial, tiene interés económico en sancionar, no hay término probatorio, ni funcionarios a donde vayan a declarar los testigos, los recursos los resuelve la misma empresa con los mismos funcionarios que impusieron la sanción , los Actos así dichos gozan de la presunción de legalidad y de ejecutoriedad y al usuario solo le quedaría el tortuoso camino de demandar la nulidad y restablecimiento del derecho, cuestión no tan fácil ni tan rápida y para ello, no puede evitar que lo constriñan al pago de la suma conque ha sido multado”*.

Así mismo, sostuvo el demandante que la CREG inventó un procedimiento distinto para castigar el delito de hurto de energía, pues conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 141 de la Ley 142 de 1994, eso es lo que constituye la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta; en consecuencia, no puede ninguna empresa condenar al usuario a pagar sanciones pecuniarias, sino que debe recurrir a la justicia y presentar denuncia penal, para que la Fiscalía sea quien inicie la investigación y adelante el proceso penal, que culminará con la condena del sindicado o su absolución; en el primer caso, el juez penal será quien decida sobre la aplicación de las multas contempladas en la ley penal.

2. Trámite

2.1. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al Representante legal de la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG- y al señor Agente del Ministerio Público (fls. 58 a 61 vto., c. ppal).

b) Cumplido lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a los fundamentos de la demanda, pues los estimó errados y desconocedores del verdadero alcance de las normas demandadas.

Respecto del primer cargo formulado por el demandante, dijo que mediante los artículos 53 y 54 de la Resolución 108 de 1997, impuso unas *“obligaciones a las empresas relacionadas con el ejercicio de las facultades que la ley les confiere como prestadores de un servicio público esencial para disciplinar la conducta de los usuarios de dichos servicios”*, pero que en ningún momento ha tipificado conductas punibles, ni ha autorizado a las empresas de servicios públicos para tipificarlas, ni ha establecido sanciones imponibles a los usuarios, ni fijado el procedimiento para imponerlas.

Sostuvo que en el artículo 53 *“no se establecen sanciones distintas a las previstas en los artículos 140 y 141 de la ley 142 de 1994, a las cuales se remite; en el inciso primero del artículo 54 se impone una obligación a la empresa de establecer en forma clara y concreta las conductas y los procedimientos sancionatorios; en el Parágrafo 1 se regula la forma de establecer los consumos realizados por el usuario, y en el parágrafo 2 se limita la facultad de las empresas para determinar las sanciones pecuniarias al determinar que podrán imponer una sanción pecuniaria máxima equivalente al consumo no realizado”*

Adujo que el Decreto 1303 de 1989, la Ley 142 de 1994, y el Código Contencioso Administrativo, prevén y autorizan la imposición de sanciones pecuniarias por parte de las empresas a los usuarios, cuando éstos incumplen el contrato de prestación del servicio, y en especial, cuando incurren en fraude en la obtención del servicio de energía eléctrica. Afirmó que los artículos 129, 132 y 142, de la Ley 142 de 1994, le dan la facultad a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, de definir e

incluir en las condiciones uniformes de los contratos las sanciones pecuniarias o multas aplicables a los usuarios por el incumplimiento de sus obligaciones.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, relativa a la diferencia existente entre los conceptos de función pública y de servicio público. Dijo que según la Sentencia C- 037 de 1997, esos conceptos tienen ámbitos y contenidos diferentes, y que sólo cuando la prestación haga necesario el ejercicio de potestades inherentes al Estado por parte del particular, puede considerarse, en lo que se refiere a dichas potestades, que cumple una función pública. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de señalamiento de conductas, ejercicio de coerción y expedición de actos unilaterales reglados por la Ley 142 de 1994, especialmente por los artículos 152 - 159.

Afirmó que según el criterio del Tribunal encargado de la guarda de la Constitución, la Ley 142 de 1994 otorgó a las empresas de servicios públicos una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias de la función administrativa, así como la potestad de ejercer la auto-tutela, cuando a través de actos administrativos, definen una controversia frente al usuario, y declaran lo que es derecho en un caso concreto. Para esa Corporación, a las empresas de servicios públicos, en tanto ejerzan funciones administrativas, le son aplicables las normas del Código Contencioso Administrativo, cuyo artículo 64 dispone que la entidad que ejerce la función administrativa goza del poder de autotutela, que, en este caso se materializa en la facultad de poder decidir por sí y ante sí, la aplicación de sanciones pecuniarias o multas previstas en las condiciones uniformes del contrato de prestación de servicios. Sostuvo que ese poder de autotutela,

“(...) está referido expresamente a los actos de la administración, lo cual incluye sus contratos en tanto estos suponen su declaración de voluntad, y como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, de dicha norma deriva un poder de dirección y control de la ejecución de los contratos que le permite a la respectiva entidad imponer las multas que tales actos prevén.

Estos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado están referidos expresamente al contrato estatal y no al contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios. No obstante, podría aplicarse a este último contrato, especialmente por dos razones: por el poder de dirección y control de la ejecución del contrato que la ley 142 de 1994, artículos 140, 141, 142 y 154 a 159, otorga a las empresas en orden a garantizar la eficiente, continua y segura prestación de los servicios públicos domiciliarios, y por la aplicación del Código Contencioso Administrativo a

las actuaciones de los prestadores de servicios públicos en tanto ejercen funciones administrativas”.

Invocó los artículos 2 y 22 del Decreto 1303 de 1989. Según este último, los actos administrativos que profieran las entidades para la aplicación de las sanciones previstas en ese decreto, se rigen por las disposiciones previstas en el Decreto 01 de 1984.

Adujo que, con fundamento en esas normas, es claro que las personas jurídicas, públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio de energía eléctrica pueden aplicar, por sí mismas, sanciones pecuniarias a los usuarios por fraude en la obtención del servicio, y que la imposición de tales sanciones se hace a través de actos administrativos, que se deben regir por el Código Contencioso Administrativo.

Citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia, y luego se refirió al segundo cargo formulado por el demandante, relativo a la falta de competencia de la CREG por violación del artículo 73 numeral 21 de la Ley 142 de 1994.

Dijo que la CREG expidió la Resolución 108 de 1997 con el objetivo de señalar los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario.

Agregó:

“Del contenido de la resolución CREG - 108 de 1997, solamente el capítulo VIII se refiere a las sanciones, y lo hace con el exclusivo fin de que en el contrato que rige la relación entre la empresa y el usuario estén claramente identificados cuáles son los hechos que dan lugar a la aplicación de las sanciones, la manera de establecer su cuantía en el caso de las pecuniarias, y el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la respectiva sanción.

Con esto se busca garantizar que las empresas no apliquen sanciones que no estén previstas expresamente en la ley y en el contrato, y que su aplicación e imposición se rija por un procedimiento claramente establecido, lo cual no tiene otro fin que proteger al usuario frente a la potestad que la ley otorga a la empresa para imponer sanciones.

(...)

De estas sanciones, el peticionario cuestiona las establecidas en los artículos 53 y 54 de la Resolución 108 de 1997, en especial la aplicación de las pecuniarias o multas contractuales; así como la liquidación y el cobro de los consumos no autorizados, y considera que no constituyen un criterio general sobre abuso de posición dominante y de protección de los derechos de los usuarios, consideración que no es concordante con el alcance y los objetivos de las normas cuestionadas.

Al respecto, el demandante fundamenta su apreciación en que, tratándose de un contrato de adhesión, autorizar a la empresa para imponer multas sin la mediación de un Juez de la República, es abusivo y violatorio del artículo 29 de la Constitución Política. El demandante parte del supuesto de que es la norma reguladora y no la ley la que ha autorizado a las empresas para adoptar decisiones administrativas de control del servicio, que incluyen la facultad de imponer sanciones al usuario, actuando en estos casos como autoridad administrativa como lo ha reconocido la jurisprudencia de las altas Cortes, punto sobre el cual nos hemos referido adelante. Pero al poner las cosas en su contexto, se observa que no ha sido el regulador sino la ley quien ha hecho tal autorización, la cual no puede ser considerada arbitraria, ni abusiva, sino todo lo contrario, un mecanismo de control del uso del servicio, necesario para garantizar la finalidad social del Estado de asegurar la prestación eficiente del mismo a todos los habitantes del territorio nacional.

Ahora bien, la facultad puede ser usada de manera abusiva, como toda otra, pero para tal efecto la ley prevé una serie de mecanismos de garantía, como el debido proceso, la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos para conocer de los recursos de apelación de los usuarios contra las decisiones de las empresas, y la facultad concedida a la Comisión para establecer los mecanismos de protección. Es en este contexto que se expiden las normas cuestionadas, y por tanto no se puede predicar que con su expedición se hayan vulnerado las normas que la autorizan”.

En cuanto al tercero de los cargos formulados por el demandante, relativo a la violación directa del artículo 256 del Código Penal, dijo que no existe ninguna contradicción entre la regulación de las facultades de las empresas para imponer sanciones a los usuarios, por los fraudes en que incurran, y la tipificación de esa misma conducta como delito en el Código Penal Colombiano.

Reiteró que la Ley 142 de 1994, especialmente los artículos 129, 132, y 142, otorgan a los prestadores de servicios públicos domiciliarios la facultad de definir e incluir en las condiciones uniformes de los contratos las sanciones pecuniarias o multas aplicables por el incumplimiento del contrato imputable al usuario.

Expresó que

“(…) esta misma ley, en el artículo 154, y el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 64, facultan a las empresas prestadoras de

los servicios públicos domiciliarios, para que, por sí y ante sí mismas, adelanten las respectivas actuaciones a que haya lugar por el incumplimiento de los contratos por parte de los usuarios y les impongan las respectivas sanciones.

A juicio de la Comisión, no amerita discusión jurídica que la investigación de los hechos ilícitos con miras a imponer las sanciones penales corresponde a los fiscales, y que la imputación de la responsabilidad penal y la imposición de las penas y sanciones que prevé el estatuto penal corresponde a los jueces penales. Pero, por estas razones no se puede concluir que las actuaciones que adelantan los prestadores de los servicios públicos domiciliarios por el fraude en su obtención, siempre tiene como fin investigar la comisión de un delito y la imposición de las penas y sanciones que prevé la acción penal, como lo sugiere el peticionario.

Específicamente, el artículo 24 del decreto 1303 de 1989 prevé que las autoridades judiciales deben adelantar las respectivas investigaciones y sanciones penales, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que pueden imponer las empresas a los usuarios.

(...)

El consumo no autorizado por la empresa, del que se beneficia el usuario cuando realiza fraude en las acometidas, conexiones o medidores, además de que puede constituir un delito, afecta gravemente la prestación efectiva del servicio, la seguridad de los ciudadanos por la manipulación indebida de las redes e instrumentos necesarios para la prestación del servicio de electricidad que por su naturaleza es una actividad peligrosa, y a su vez puede ser constitutivo de causal de incumplimiento del contrato por parte del usuario.

La responsabilidad penal se resuelve o se traduce en la aplicación de una pena al autor del delito, con el fin de restablecer el daño social causado, pero no busca reparar o dejar indemne los daños causados en la prestación del servicio y, específicamente, en la relación contractual que media entre la empresa y el usuario. Dado que se trata de dos tipos de responsabilidad distintos, los daños que causa en la relación contractual el consumo no autorizado o fraudulento del usuario, deben sancionarse independientemente de la responsabilidad penal (...)"

Respecto del cuarto cargo esto es, la violación directa del artículo 29 de la Constitución Política, el demandado sostuvo que no es dable interpretar literalmente el artículo 29 superior, toda vez que esa disposición, se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, y no se pueden desconocer las potestades sancionatorias que la ley confiere a las autoridades, en particular a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en materia administrativa.

Adicionalmente, dijo que los procedimientos sancionatorios de las empresas de servicios públicos domiciliarios, observan a cabalidad las garantías derivadas de los derechos al debido proceso y de defensa.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el último cargo formulado por el demandante, relativo a la violación del inciso tercero del Artículo 141 de la Ley 142 de 1994, expresó que:

“(…) la imposición de sanciones pecuniarias por parte de las empresas a los usuarios no es una facultad que haya atribuido la CREG a las empresas más allá de lo que estas normas superiores disponen; es decir, no son un efecto exclusivo de la aplicación del Artículo 54 de la resolución CREG - 108 de 1997, sino de estas otras normas superiores.

En tanto el citado artículo 54 recoge lo dispuesto por otras normas de superior jerarquía vigentes, no puede concluirse que el mismo sea contrario a la Constitución y a la ley, sin haber determinado que esas normas superiores son inconstitucionales, en el caso de las leyes o inconstitucionales o ilegales, en el caso del Decreto 1303 de 1989.

Sobre este mismo aspecto, como se dejó expuesto adelante, existen pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en el sentido de que las empresas de servicios públicos pueden imponer sanciones pecuniarias a los usuarios por incumplimiento del contrato, al punto que ambas corporaciones han negado solicitudes de amparo de tutela y nulidad, respectivamente, a través de las cuales los usuarios han pretendido dejar sin efectos sanciones de este tipo impuestas por empresas prestadoras del servicio de electricidad.

En todo caso, no tiene ningún asidero el razonamiento del demandante en el sentido de que la disposición de la ley en el sentido que la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos un hurto, excluya la posibilidad de que esa misma conducta sea controlada administrativa y contractualmente por la empresa mediante la imposición de sanciones pecuniarias. Tal consideración además de ser ajena al ordenamiento jurídico - colombiano, en el cual se distinguen diferentes tipos de responsabilidad (civil, penal, administrativa), como se expuso frente al tercer cargo, traería al absurdo de que la responsabilidad penal excluiría las otras facultades establecidas en la Ley para que las empresas controlen el consumo fraudulento del servicio, como son la suspensión del servicio, corte y terminación del contrato.” (Fols. 246 - 283 c. ppal).

c) El proceso se abrió a pruebas el 4 de julio de 2006, y el 18 de septiembre siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para conceptuar (Fols. 285 y 317 c. ppal).

La parte actora guardó silencio, en tanto que la entidad demandada, presentó sus alegatos mediante escrito en el que se refirió a las pruebas recaudadas en el proceso y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Finalmente sostuvo que la CREG no ha incurrido en violación del ordenamiento Constitucional y legal en las expresas normas que el demandante consideró como violadas. (Fols. 319 - 323 c. ppal)

El Ministerio Público rindió concepto mediante escrito en el cual solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda, por considerar que con las normas impugnadas no se quebrantaron las disposiciones que la parte actora citó como violadas y, adicionalmente, porque en su criterio la Comisión de Regulación de Energía y Gas actuó dentro de los parámetros Constitucionales y legales y no desbordó sus atribuciones al expedir la Resolución 108 de 1997, particularmente los artículos 53 y 54.

Transcribió algunas disposiciones de la ley 142 de 1994, y sostuvo:

“ (...) Se tiene entonces, que en desarrollo de las precitadas normas legales se asignó a las Comisiones de Regulación las funciones de señalar los criterios generales sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a la facturación, comercialización, y demás temas referidos a la relación Empresa - Usuario.

De igual forma, se prevé en la citada Ley la obligación de las Empresas de establecer en el contrato, qué conductas del usuario se consideran incumplimiento del mismo, y dan lugar a la imposición de las sanciones entre ellas las de carácter pecuniario.

Por ello se debe decir que los artículos de la Resolución demandada no crearon nuevos tipos penales como lo entiende el actor, ni atribuyeron a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, funciones propias de los jueces de la república. Para el efecto, baste con señalar que la responsabilidad que pregónale demandante se queda sólo en la penal, desconociendo las de carácter administrativo, civil, etc. Previstas tanto en nuestra Carta fundamental como en la Ley, de donde se concluye que las disposiciones bajo examen permiten que las empresas se apropien de competencias jurisdiccionales, menos aún están elevando a canon legal una conducta punible.

Se reitera, que lo que plasman las disposiciones cuestionadas, entre otras, es la obligación de las empresas de presentar a los usuarios las condiciones claras y precisas de las sanciones que podrían ser impuestas en caso de incumplir el contrato. Más no adopta ninguna clase de sanción, ni el procedimiento para ser impuestas, como lo concluyó erradamente el demandante, pues aquellas sanciones ya estaban previstas por el legislador como viables o posibles cuando se presenta el

incumplimiento del contrato, en especial cuando se incurre en fraude en la obtención del servicio.

De igual forma, con las disposiciones transcritas de la ley 142 queda claro el poder de dirección de las Empresas prestadores (SIC) de Servicios Públicos Domiciliarios, como la potestad de imponer sanciones pecuniarias para evitar el incumplimiento del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 154 Ibídem.

De contera con lo dicho, queda sin piso lo relativo a la supuesta generación de hechos contrarios a la denominada posición dominante de las empresas, como quiera que no es cierto que se hayan autorizados (SIC) a éstas a crear e imponer sanciones diferentes a las ya previstas en la ley. Precisando que la misma Ley previó la forma de cuantificar el pago del servicio hurtado, o la sanción por infracción o incumplimiento del contrato.

Ahora bien, en lo que atañe al procedimiento para la imposición de las referidas sanciones, hay que reafirmar en forma enfática, que las disposiciones demandadas no prevén o regulan la forma como se debe efectuar el trámite que culmine con la sanción. De igual forma, no se cuenta con casos particulares y concretos, donde se concluya que se impuso una sola sanción con fundamento en la citada Resolución, menos aún que para la imposición de las mismas se haya desatendido por las Empresas lo relativo a las garantías constitucionales de los usuarios.

De tal forma, si los preceptos legales en los cuales se sustentan los artículos demandados de la referida Resolución 108 se mantiene incólumes y no han sido siquiera objeto del debate de constitucionalidad, mal podríamos concluir que tales disposiciones están quebrantando disposición suprallegal alguna, menos aún cuando no corresponde a esta jurisdicción el control constitucional sobre los mencionados preceptos legales
(...)"

Al referirse al artículo 54 demandado, dijo:

"(...) Disposición de cuyo texto se tiene que si bien se previó la posibilidad de aplicar una sanción pecuniaria, la misma no se concibió en dicho acto, sino que se trajo de las previsiones legales de la ley 142, que en igual sentido contempló tal posibilidad bajo los presupuestos de que el usuario conozca en qué eventualidades operarían y se aplicarían como sanciones por incumplimiento del contrato.

(...)

En conclusión, de los textos acusados y en comentario resulta importante resaltar la potestad de las Empresas de regular las relaciones con los usuarios a través de los denominados contratos uniformes. Conforme a la cual, resulta claro concluir que, contrariamente a lo sostenido por el demandante las aludidas empresas no sólo podían regular tales aspectos, sino que debían poner en conocimiento de los usuarios tales lineamientos en aras de equilibrar la relación contractual, y permitir a los

beneficiarios de los servicios conocer las circunstancias o hechos en los cuales podían incumplir el contrato.

En estas circunstancias, sólo resta por concluir que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en uso pleno y legal de su ámbito de competencia, retomó la normativa existente y conforme a los lineamientos que el mismo legislador le dio, adoptó las dos disposiciones acusadas, por lo que se tiene que concluir que al expedir los artículos 53 y 54 de la Resolución 108 de 1997 no desbordó sus atribuciones. (...)” (Fols. 321 - 343 c. ppal).

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver la demanda de nulidad formulada contra los artículos 53 y 54, párrafos 1 y 2 de la Resolución No. 108 del 3 de julio de 1997, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

I- Contenido de las disposiciones demandadas

Por medio de la Resolución 108 del 3 de julio de 1997, la Comisión de Regulación de Energía y Gas señaló los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictaron otras disposiciones.

El contenido de los artículos 53 y 54 párrafos 1 y 2, demandados, es el siguiente:

“CAPÍTULO VIII

DE LAS SANCIONES

Artículo 53º. Incumplimiento del contrato. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio, o a tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 142 de 1994, en especial los artículos 140 y 141, y lo que dispongan las condiciones uniformes del contrato.

Artículo 54º. Sanciones pecuniarias. En el contrato de condiciones uniformes se deberá establecer en forma clara y concreta, qué conductas del usuario se consideran incumplimiento de éste **y dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la empresa**, la manera de establecer su cuantía y el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la sanción a que haya lugar. En todo caso, la actuación deberá adelantarse con la garantía plena del derecho que tiene el usuario a la defensa, y con sujeción a los que los Códigos Civil y de Comercio y la ley 142 de 1994, en su artículo 133, prevén en relación con la carga de la prueba.

Parágrafo 1º. Cuando no haya otra forma de establecer el consumo realizado, se tomará el mayor valor de la carga o capacidad instalada o, en su defecto, el nivel de carga promedio del estrato socioeconómico correspondiente al respectivo usuario, y se multiplicará por el factor de utilización y por el tiempo de permanencia de la anomalía, tomado en horas. De no ser posible establecer con certeza la duración de la misma, se tomará como rango 720 horas, multiplicado por seis meses como máximo. El factor de utilización para cada caso y el nivel de carga promedio del estrato socioeconómico, serán establecidos por la empresa.

Parágrafo 2º. Además de cobrar el consumo realizado en esa forma, la empresa podrá aplicar una sanción pecuniaria máxima equivalente al consumo no autorizado, valorado a las tarifas vigentes al momento en que éste haya sido encontrado.

(...)"

II- Análisis de los cargos de la demanda

2.1.- Artículo 53 de la Resolución 108 de 1997:

La Sala considera que mediante la expedición de esta norma la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, no desbordó el ámbito de su competencia, toda vez que se limitó a reiterar lo que la Ley 142 de 1994 dispone al respecto.

En efecto, se observa que el artículo 140 de la ley, dispone que el incumplimiento del contrato de servicios públicos por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en dicho contrato y en todo caso, en los siguientes eventos:

- a) Por la falta de pago por un término fijado por la entidad prestadora, que no puede sobrepasar de 2 periodos de facturación si es bimestral, o 3 periodos, cuando sea mensual;
- b) En caso de fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas. Y
- c) La alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario y suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio.

Por su parte, el artículo 141, establece:

“Artículo 141. Incumplimiento, terminación y corte del servicio. El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato.

Se presume que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años, es materia que afecta gravemente a la empresa, que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.

La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. (...).”

Como se puede ver, el artículo 53 demandado se limitó a reproducir lo que ya había dispuesto el legislador, sobre la facultad que tienen las empresas de suspender, resolver el contrato y cortar el servicio, cuando se da alguno de los eventos contemplados en la ley; a pesar de que técnicamente no resulta acertado que en ejercicio de la función reguladora se reproduzcan los términos de la ley, puesto que no es esa la finalidad de tal función, la disposición que así lo hizo, tampoco resulta violatoria de la misma.

En consecuencia, este cargo no prospera.

2.2. - Artículo 54 de la Resolución 108 de 1997:

Contrario al anterior, este artículo, a juicio de la Sala, sí se encuentra viciado de nulidad, como pasa a explicar:

2.2.1. Los servicios públicos domiciliarios

Como es bien sabido, hasta la expedición de la Constitución de 1991, los servicios públicos domiciliarios, como una variedad de los servicios públicos en general, eran prestados en su gran mayoría por el Estado, a través de personas jurídicas de Derecho Público, tales como establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, o por sociedades de economía mixta, razón por la cual, dichos servicios estaban sujetos a las normas de Derecho Público que regulaban todo lo concerniente a la creación y funcionamiento de tales entidades, así como al servicio mismo y a su relación con los usuarios.

No obstante, con la nueva Constitución, surgió la posibilidad de que tales servicios fueran prestados también por los particulares, circunstancia que hace que su régimen jurídico sea mixto, en la medida en que no se regulan exclusivamente por las normas del derecho privado y aún cuando sean servicios prestados por particulares, están sujetos también, al ordenamiento jurídico de derecho público que en materia de servicios públicos domiciliarios expidan tanto el legislador como el Gobierno en su tarea reglamentaria, y las comisiones de regulación, en lo que es materia de su competencia, puesto que esta normatividad rige para todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, independientemente de que se trate de empresas privadas, oficiales o mixtas.

Por otra parte, si bien el constituyente permitió la prestación de servicios de esta naturaleza por parte de los particulares, le reservó al Estado su regulación, control y vigilancia, dado que los servicios públicos, conforme a lo dispuesto por el artículo 365 de la Carta, son inherentes a la finalidad social del Estado, quien por lo tanto debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, mediante el ejercicio de las facultades de intervención en dichos servicios otorgadas por el artículo 334 constitucional y la especial potestad que le atribuyó la Carta -art. 370- al Presidente de la República, de fijar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios -facultad que delegó por autorización legal en las comisiones de regulación de servicios públicos- y ejercer así mismo, por medio de la Superintendencia respectiva, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Lo anterior, sin perjuicio del deber legal del Estado de intervenir en la economía nacional, no sólo para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica que la Constitución Política protege sino también, para evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Así lo dispone el artículo 333 de la Carta, que además, defiere al legislador el deber de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

2.2.2. El contrato de servicios públicos.

En virtud de su misma naturaleza, estos servicios públicos domiciliarios: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (art. 1º, Ley 142 de 1994), implican la existencia de una relación comercial entre quien produce u ofrece el servicio -empresa prestadora de servicios públicos- y quien lo recibe o consume -suscriptor o usuario-, lo que legalmente se traduce en la existencia de un contrato de prestación de servicios públicos, regulado en el Título VIII de la Ley 142 de 1994, y definido por el artículo 128 de la misma como *“...un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”,* aclarando así mismo la norma que *“...hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio”.*

Resulta relevante también, el hecho de que esta misma norma, que define el contrato de servicios públicos, establezca, como facultad de las comisiones de regulación frente al mismo, el señalamiento, por vía general, de los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales y dejará de ser parte del contrato, a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma en que lo determinen tales comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio, existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble; la norma, aparte de esta facultad a las comisiones, no alude a ninguna otra.

En cuanto al régimen legal de este contrato, el artículo 132 de la referida ley establece que el contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en ésta, 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 Civil y el Código de Comercio.

Se trata entonces de un contrato de cláusulas uniformes o de adhesión, consensual, bilateral, de tracto sucesivo y oneroso, que, sin embargo, tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional, no está librado en absoluto a la autonomía de la voluntad, “...*puesto que, aún si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, **a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios**, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función...*”.¹ (La Sala resalta).

No se puede olvidar que el artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la Ley, y que el artículo 369 de la misma, expresamente señala que será la Ley la que determinará, entre otras cosas, **los deberes** y derechos de los usuarios.

En virtud de estos mandatos constitucionales, puede concluirse entonces, que la relación que surge entre las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y los usuarios de los mismos, no está regida exclusivamente por el vínculo contractual, por cuanto también tiene un componente de naturaleza legal y reglamentaria, determinado por el mismo legislador.

Conforme a lo anterior, el hecho de que el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios autorice a las empresas prestadoras para que efectúen la elaboración de contratos de condiciones uniformes que regirán las relaciones contractuales que surjan entre ellas y las personas que adhieran a dicho contrato en calidad de suscriptores y usuarios, no significa de ninguna manera, que aquellas estén en libertad absoluta de establecer los términos de tales contratos, por cuanto existe un marco constitucional y legal que los limita y da las pautas sobre cuál debe ser su contenido.

¹ Sentencia C-1162 de 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Es así como el Título VIII de la Ley 142 de 1994, que se refiere al Contrato de Servicios Públicos, además del artículo 128, en el que lo define y del artículo 132 que se refiere al régimen legal del contrato, dispone en el artículo 129 lo relativo a su celebración, en los siguientes términos:

“Artículo 129. Celebración del contrato. Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.

En la enajenación de bienes raíces urbanos se entiende que hay cesión de todos los contratos de servicios públicos domiciliarios, salvo que las partes acuerden otra cosa. La cesión operará de pleno derecho, e incluye la propiedad de los bienes inmuebles por adhesión o destinación utilizados para usar el servicio”

A su turno, el artículo 130 establece que son partes del contrato la empresa de servicios públicos domiciliarios, el suscriptor y/o usuario; y aclara que existe solidaridad entre el propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio, en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos, y que las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos, siendo la factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, -inclusive las correspondientes al servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público-, el título que prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas civiles y comerciales, aclarando que el no pago del servicio por parte de los usuarios del sector oficial, acarreará las sanciones para los responsables, a las que se refiere la misma ley. El párrafo de la norma, establece:

“Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá de dos periodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma”.

El artículo 131, se refiere al deber a cargo de las empresas prestadoras de los servicios de informar sobre las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen

“...con tanta amplitud como sea posible en el territorio donde prestan sus servicios...”, así como el de disponer siempre de copias de dichas condiciones, por cuanto *“...el contrato adolecerá de nulidad relativa si se celebra sin dar una copia al usuario que la solicite.”*

Por su parte, el artículo 133, perteneciente también a este título del Contrato de Servicios Públicos, establece los eventos en los cuales se presumirá que hay abuso de la posición dominante por parte de la empresa prestadora en los contratos a los que se refiere dicho título, así como la forma de desvirtuar tal presunción, mediante la comprobación de que las cláusulas en cuestión, dentro del conjunto del contrato, se hallan equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa o cuando se trate de eventos en que se requiere el permiso expreso de la comisión de regulación para contratar tales cláusulas y se acredite que ésta lo otorgó, estableciendo que *“Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada”*.

Las anteriores normas, son pues las que conforman la regulación expresa y específica del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios por parte del legislador.

En relación con el componente reglamentario de la relación “empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios - usuario”, se observa que la ley de servicios públicos (Capítulo VII, Ley 142/94: Defensa de los usuarios en sede de la empresa) consagra, de un lado, el derecho de petición a favor de los usuarios de los servicios, quienes podrán presentar peticiones, quejas y recursos ante la empresa, y de otro lado, hace referencia al procedimiento² -garantista de los derechos de contradicción y defensa a favor de los usuarios- que se debe adelantar por aquellas siempre que van a resolver tales peticiones o a tomar una decisión que afecte la prestación del servicio o la ejecución del contrato,

² El inciso 3 del artículo 153 de la Ley 142, establece que las peticiones y recursos, deberán ser tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición, lo que constituye una remisión a las normas del Código Contencioso Administrativo que regulan, precisamente, el trámite de las actuaciones administrativas iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés general, o en interés particular y concreto (capítulos II y III del Título I), por lo cual sus normas serán de aplicación supletiva, en aquellos aspectos que no estén expresamente regulados por los artículos 152 y siguientes de la Ley 142/94, relacionados con el procedimiento a cargo de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

estableciendo la procedencia de recursos frente a tales decisiones, para obligar a la empresa a revisarlas y enunciando como actos susceptibles de dicha impugnación, los de **negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación**, que realice la empresa.

Las últimamente mencionadas: suspensión, terminación y corte de servicio, son precisamente las sanciones que el ordenamiento legal rector de los servicios públicos domiciliarios consagra en forma expresa a favor de las empresas prestadoras de los mismos, frente a la ocurrencia de conductas infractoras del contrato de prestación de servicios por parte de los suscriptores o usuarios; concretamente, como ya se vio, los artículos 140 y 141, que ya fueron citados pero que resulta necesario revisar de nuevo, establecen:

“Artículo 140. Suspensión por incumplimiento³. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:

La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de tres períodos de facturación, y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas.

Es causal también de suspensión, la alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio.

Durante la suspensión, ninguna de las partes puede tomar medidas que hagan imposible el cumplimiento de las obligaciones recíprocas tan pronto termine la causal de suspensión.

Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los demás derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento”.

Artículo 141. Incumplimiento, terminación y corte del servicio. El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la empresa **tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio**. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato.

Se presume que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos

³ Se transcribe la norma antes de la modificación introducida por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001.

años, es materia que afecta gravemente a la empresa, que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.

La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto.

La demolición del inmueble en el cual se prestaba el servicio permite a la empresa dar por terminado el contrato, sin perjuicio de sus derechos”

Se observa pues, que esta última norma autoriza el CORTE del servicio luego de tener por resuelto el contrato, por incumplimiento grave del usuario; y también autoriza el CORTE del servicio, frente a acometidas fraudulentas, añadiendo además, que cuando se trate de energía eléctrica, para efectos penales, se entenderá que se trata de un bien mueble, por lo cual su obtención por medios fraudulentos constituye un hurto; es decir que dicha conducta, constituye un delito penal, que debe estar tipificado en el respectivo Código, como en efecto lo está actualmente, en el artículo 256 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que establece⁴:

“Defraudación de fluidos: El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años **y en multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes**”. (Las negrillas son de la Sala).

Se observa cómo, para efectos de reprimir penalmente esta conducta, que atenta no sólo contra los bienes e intereses patrimoniales de la empresa prestadora del servicio público domiciliario sino contra la seguridad de personas y bienes, que se exponen imprudentemente por quien infringe la prohibición que existe en tal sentido y manipula sistemas que, como los de conexión eléctrica, representan un riesgo y constituyen una actividad peligrosa, el legislador penal, consagró expresamente, no sólo una pena privativa de la libertad, sino también una sanción pecuniaria -multa-, siendo él, competente para ello; de igual manera, como en todo

⁴ Por otra parte, el artículo 257 del Código Penal también tipifica el acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, contemplando así mismo como parte de la sanción, la imposición de multas de 500 a 1000 S.M.L.M.V.

proceso penal, si de lo que se trata es de obtener la reparación de los perjuicios que la respectiva empresa haya podido sufrir con ocasión de la actuación ilícita, tal y como lo afirma en el presente caso la entidad demandada (fl. 279), bien puede constituirse en parte civil

dentro del respectivo proceso penal o tramitar, como se denomina actualmente, el *incidente de reparación integral*, consagrado en el artículo 102 del C.P.P.

En cambio, en parte alguna de la Ley 142 de 1994, se estableció de manera concreta y específica, la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para imponer sanciones pecuniarias a sus suscriptores y usuarios, como tampoco lo hizo la Ley 143 de 1994, la cual estableció en su artículo 6º:

“Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

(...)

El principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones”

Es evidente entonces, que en cuanto a las sanciones que pueden imponer las empresas de energía eléctrica, la Ley 143 tampoco contiene disposiciones en sentido diferente al expuesto en la ley general de servicios públicos domiciliarios, que, como ya se vio, en ninguna parte atribuye facultades a las empresas prestadoras para imponer sanciones pecuniarias a sus suscriptores o usuarios y sólo se refiere a la facultad de suspensión y terminación del contrato, así como de corte del servicio, a título de sanción frente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de aquellos, lo que no descarta tampoco, desde luego, el derecho de las empresas a cobrar los consumos efectivamente realizados y no cancelados, puesto que dicho cobro, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional, no corresponde a una “sanción pecuniaria”⁵.

La parte demandada aduce que la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para imponer sanciones pecuniarias a sus

⁵ Sentencia T-720 del 7 de julio de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

suscriptores o usuarios se desprende de lo preceptuado por el artículo 142 de la Ley 142 de 1994, el cual es del siguiente tenor:

“Art. 142. Restablecimiento del servicio. Para restablecer el servicio, si la suspensión o el corte fueron imputables al suscriptor o usuario, éste debe eliminar su causa, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra, **y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato.**

Si el restablecimiento no se hace en un plazo razonable después de que el suscriptor o usuario cumpla con las obligaciones que prevé el inciso anterior, habrá falla del servicio”. (Las negrillas son de la Sala).

Al respecto, observa la Sala que si bien la norma se refiere a la cancelación de las “demás sanciones previstas” como requisito para obtener la reconexión del servicio suspendido o cortado, tal previsión debe entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, que se aplica la exigencia de pago, cuando existen tales sanciones y por lo tanto, pueden ser incluidas en los contratos de condiciones uniformes e impuestas en los casos en que resulten procedentes, evento en el cual, obviamente, si no se cumple con su pago, no habrá lugar a la reconexión del servicio; pero esto no quiere decir de ninguna manera, que el artículo 142 esté autorizando a las empresas para establecer ellas mismas, qué clase de sanciones incluyen en dichos contratos, para ser impuestas a sus usuarios, puesto que la determinación del régimen sancionatorio es del exclusivo resorte del legislador.

Precisamente, en forma reciente, la Ley 1150 de 2007⁶, estableció en su artículo 105 el deber de las empresas de servicios públicos de establecer en las condiciones uniformes del contrato, las sanciones pecuniarias que impondrán a los usuarios o suscriptores por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como la manera de establecer la cuantía y el procedimiento de imposición de tales sanciones, con las garantías propias del debido proceso; sin embargo, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2008⁷, por considerar que violaba el principio de unidad de materia.

⁶ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”

⁷ Sentencia del 28 de mayo de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; en ésta, dijo la Corte que “*En principio, de acuerdo a la descripción realizada en el acápite precedente es claro que concederles potestad sancionadora a las empresas de servicios públicos domiciliarios no guarda relación con ninguno de los objetivos señalados en el artículo 1º de la Ley ni con los programas, objetivos, metas y estrategias señalados en el artículo 6º ni en el documento ‘Estado comunitario desarrollo para todos’*”.

No desconoce la Sala que, dentro de la libertad de configuración legislativa que le compete, bien puede el Congreso a través de la ley, establecer la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias o multas, pero lo cierto es que no lo hizo en la que expidió precisamente para regular todo lo concerniente a estos servicios esenciales, de modo que no pueden dichas empresas, arrogarse unilateralmente tal facultad, ni mucho menos pueden las comisiones reguladoras de servicios públicos otorgárselas, por cuanto no está dentro de sus facultades hacer tal clase de concesiones.

Volviendo al presente caso, no obstante la inexistencia de norma legal que así lo autorizara, la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- en el artículo 54 de la Resolución 108 de 1997 demandado, dispuso que las empresas debían establecer, en el contrato de condiciones uniformes, “(...) *en forma clara y concreta, qué conductas del usuario se consideran incumplimiento de éste y dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la empresa, la manera de establecer su cuantía y el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la sanción a que haya lugar*”.

2.2.3. El Decreto Reglamentario 1303 de 1989:

La entidad demandada también adujo, como fundamento jurídico de la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de imponer sanciones pecuniarias a los suscriptores y usuarios de los servicios, el Decreto 1303 de 1989; al respecto, observa la Sala:

El Decreto 1303 del 19 de junio de 1989⁸, fue expedido con fundamento en las Leyes 113 de 1928, 109 de 1936 y 126 de 1938 y efectivamente, contemplaba, entre otras cosas, en su artículo 20, las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del servicio eléctrico.

La Ley 113 del 21 de noviembre de 1928⁹, “*Sobre estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de agua*”, entre otras cosas, se refirió al aprovechamiento, por parte de la Nación, los departamentos y los municipios, de la fuerza hidráulica de corrientes y caídas de agua para efectos de producción de

⁸ Publicado en el Diario Oficial No. 38.865 del 20 de junio de 1989

⁹ Diario Oficial No. 20955 del 27 de noviembre de 1928. Imprenta Nacional, pg. 227..

energía eléctrica, estableciendo el uso exclusivo de tal fuerza hidráulica por parte de dichas entidades públicas; es así como la ley autorizó al Gobierno Nacional para contratar estudios sobre algunas corrientes y caídas de agua y su posible aprovechamiento para el desarrollo de la fuerza hidráulica, y en caso de que sirvieran para producir energía eléctrica para la satisfacción de las necesidades de las distintas regiones del país, lo autorizó para verificar la instalación de las plantas adecuadas para tales servicios; además declaró de utilidad pública el aprovechamiento de la fuerza hidráulica para todo objeto permitido por las leyes y declaró la reserva de dominio a favor de la Nación, del uso de la fuerza hidráulica que podía desarrollarse con las aguas que le pertenecían, sin perjuicio de los derechos adquiridos, y de el uso de la fuerza hidráulica establecido o concedido legalmente a favor de las empresas públicas departamentales o municipales con anterioridad, dándole así mismo la posibilidad al Gobierno Nacional de ceder a municipios o departamentos hasta por 50 años, el uso de la fuerza hidráulica de su territorio.

La Ley 109 del 11 de mayo de 1936¹⁰, “*sobre tarifas y reglamentos de empresas de energía eléctrica y de acueductos a domicilio*”, se refirió a la legalización de funcionamiento de las empresas que se encontraran las empresas que aprovecharan aguas de uso público para el servicio de acueductos o para producir energía, cuyos reglamentos y tarifas tendrían que ser aprobados por el Gobierno, con el fin de que no pudieran en ningún caso imponer condiciones o cobrar tasas que excedieran de los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial.

Por su parte, la Ley 126 del 26 de octubre de 1938¹¹, versó “*sobre suministro de luz y fuerzas eléctricas a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas*”. El artículo 1º de dicha ley, estableció que el suministro de energía eléctrica era un servicio público fundamental, en cuyo establecimiento, desarrollo y financiación cooperarían la Nación, los Departamentos y los Municipios; estableció así mismo, el deber de la Nación y los departamentos de contribuir con la construcción, ensanche o mejoramiento de las plantas eléctricas que se establecieran en los municipios y las formas de cooperación entre las distintas entidades territoriales, para el establecimiento de

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial No. 23216, del 25 de junio de 1936.

¹¹ Publicada en el Diario Oficial No. 23915, del 3 de noviembre de 1938.

plantas eléctricas y grandes centrales hidroeléctricas, así como para la canalización primaria para prestar el servicio; mediante esta ley, así mismo, se declaró de utilidad pública la adquisición por la Nación, los Departamentos y los Municipios, de las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar el servicio público, las cuales quedarían sometidas al control del Gobierno Nacional, y se defirió a los concejos municipales la expedición de las normas relativas a la municipalización de las plantas eléctricas existentes en los municipios.

Se trata pues, de leyes que se refieren al servicio de energía eléctrica a cargo de las entidades públicas con anterioridad a la expedición de la actual Constitución Política, la cual varió totalmente el régimen de los servicios públicos, al permitir que éstos también puedan ser prestados por los particulares; en consecuencia, la entrada en vigencia de la Carta de 1991, significó la sustitución de todo el régimen de servicios públicos domiciliarios que venía aplicándose a las entidades estatales prestadoras de los mismos, en la medida en que se le dio cabida a la participación de los particulares en dicha actividad.

Aparte de lo anterior, se observa que de manera expresa, el artículo 97 de la Ley 143 de 1994 o Ley Eléctrica, derogó las mencionadas leyes¹², lo que implicó, por ende, la derogatoria de todo el ordenamiento jurídico dependiente de las mismas, como es el caso del Decreto 1303 de 1989.

Es claro entonces, que el mencionado Decreto reglamentario perdió su vigencia, dejó de regir, y por lo tanto -aparte de que las facultades sancionatorias deben tener origen legal- el mismo, no puede ser el fundamento jurídico de la supuesta potestad sancionatoria radicada, según la entidad demandada, en cabeza de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica.

Y en este punto, llama la atención de la Sala el hecho de que la CREG aduzca, en defensa de su acto administrativo y de la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de imponer sanciones pecuniarias, la existencia del Decreto 1303 de 1989, cuando ella misma, en Concepto MMECREG-1721 del 14

¹² "Artículo 97.- La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial, las Leyes 113 de 1928, 109 de 1936, 126 de 1938, con exclusión de los artículos 17 y 18 y el artículo 12 de la Ley 19 de 1990".

de septiembre de 1998, había admitido la inaplicabilidad del Decreto por la expresa derogatoria de las leyes que reglamentaba¹³.

2.2.4. Las funciones de las comisiones de regulación.

No se debe olvidar, por otra parte, cuáles son las funciones primordiales de las comisiones de regulación, en cuyo ejercicio éstas no pueden ir más allá de los precisos límites que le imponen la ley y los reglamentos, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional¹⁴:

“...el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar

¹³ Citado en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica T. IV, Concepto SSPD 20011300000338. Imprenta Nacional de Colombia., 1ª ed., 2001.

¹⁴ Sentencia C-1162 de 2000, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 14.18 y el párrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, en el entendido de que las funciones de las comisiones de regulación se deben ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del art. 370 de la Carta, esto es, para “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”.

aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios”. (Las negrillas son de la Sala).

Específicamente en relación con las funciones de la CREG, las mismas fueron establecidas en el artículo 23 de la llamada “Ley Eléctrica”, esto es, la Ley 143 de 1994, *“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”*, norma que, en general, le atribuye a la Comisión el deber de intervenir, mediante su función de regulación, en el mercado eléctrico, con miras a obtener una libre competencia y una oferta energética eficiente, de un lado, y de otro, le asigna el deber de protección de los derechos de los usuarios, mediante su intervención en la definición de las tarifas que las empresas prestadoras de este servicio público domiciliario pueden cobrar, la promoción de condiciones de calidad de prestación del servicio, y la garantía de la prestación del servicio a sectores necesitados de la población; pero en parte alguna establece esta disposición, la posibilidad de que la entidad de regulación autorice a las empresas prestadoras de servicios públicos, la adopción de medidas sancionatorias frente a sus usuarios, y menos de carácter patrimonial.

En tales condiciones, las comisiones no pueden autorizar a las empresas de servicios públicos domiciliarios para ejercer atribuciones que la ley no les ha otorgado, como es esta de imponer sanciones pecuniarias, a la que se refiere el artículo 54 de la Resolución 108 de 1997, aquí demandado.

2.2.5. La facultad de expedir actos administrativos.

La entidad demandada afirmó también, en defensa de la legalidad de las normas cuya legalidad se cuestiona, que la facultad de imponer sanciones pecuniarias por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no se deriva de lo dispuesto en el artículo 54 de la Resolución 108 expedida por la CREG, sino que tales empresas, pueden incluir en sus contratos de condiciones uniformes las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento contractual de los suscriptores o usuarios -como el consistente en efectuar conexiones fraudulentas-, en virtud del poder de autotutela que la ley de servicios públicos les ha otorgado, conforme al cual ellas pueden expedir actos administrativos mediante los cuales deciden por sí y ante sí la aplicación de las sanciones pecuniarias o multas previstas en el contrato, citando en defensa de esta afirmación la jurisprudencia

del Consejo de Estado frente a los contratos estatales, en la cual se reconoció a la Administración dicha potestad, en virtud de su poder de dirección y control de la ejecución de los contratos y que, según la demandada, la Ley 142 de 1994 también les ha otorgado a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en orden a garantizar su eficiente, continua y segura prestación, por lo cual éstas también poseen tal potestad, en virtud además, de la aplicación del Código Contencioso Administrativo a sus actuaciones, en tanto ejercen funciones administrativas.

Al respecto, advierte la Sala que tal y como ya lo definió en pasada ocasión la jurisprudencia, una cosa es el poder de autotutela que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración Pública y otra cosa es **la competencia** en virtud de la cual puede ejercerlo; porque el hecho de que ella -o cualquier persona que por disposición legal ejerza función administrativa- pueda manifestarse a través de decisiones unilaterales obligatorias, es decir, mediante la expedición de actos administrativos en los que resuelve unilateralmente las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, no significa que pueda hacerlo indiscriminada y arbitrariamente, por cuanto el ejercicio de la función administrativa está enmarcado dentro de unos límites expresamente impuestos por la ley, que es la que define en qué términos dicha función puede ser ejercida, y establece concretamente qué pueden hacer las autoridades administrativas, a tal punto que la misma Constitución Política consagra en su artículo 6º la responsabilidad general de los servidores públicos por violación de la Constitución y la ley, como opera para todos los habitantes del territorio nacional, pero también una responsabilidad especial, por el incumplimiento **o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones**; y el artículo 121 de la misma codificación supralegal, establece que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*; de tal manera, que no habrá competencias implícitas ni supuestas, por cuanto se impone en todas las actuaciones administrativas -y de las autoridades estatales en general- el principio de legalidad, que, como es bien sabido, es configurativo del Estado de Derecho y constituye el pilar fundamental dentro de las garantías de los asociados frente al Poder Público.

Sobre el poder de autotutela que ostentan las autoridades administrativas, dijo el Consejo de Estado¹⁵:

“Al respecto, considera esta Sala imperioso precisar ahora que la ilegalidad, por falta de competencia, para proferir un determinado acto administrativo no se puede purgar a través del “privilegio de decisión previa”, porque si bien éste supone la toma de decisiones por parte del Estado sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados o con la anuencia previa del juez, **éstas sólo pueden ser adoptadas en ejercicio de una competencia establecida en la ley. Así, el privilegio de lo previo no constituye el fundamento de la competencia; por el contrario ésta es un presupuesto necesario de aquél.** De otra manera, se desconocerían los artículos 122 de la Constitución Política -según el cual no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento- y 84 del C.C.A, en cuanto dispone que la acción de nulidad contra los actos administrativos puede fundarse en el hecho de que los mismos hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes” (La Sala resalta).

Lo expuesto en relación con la necesidad de que exista una competencia previa para efectos de ejercer el poder de autotutela o “privilegio de decisión previa”, que es en lo que consiste la facultad de proferir actos administrativos, es igualmente predicable respecto de aquellos eventos en los que la función administrativa es ejercida por particulares, puesto que también ellos, en el ejercicio de las mismas, están sujetos a la ley; así lo establece, por otra parte, en forma expresa y concreta, la misma Constitución Política, en su artículo 210:

“Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”. (Las negrillas son de la Sala).

Conforme a lo anterior, la circunstancia de que la Ley 142 de 1994 haya atribuido a los prestadores de servicios públicos domiciliarios la facultad de ejercer la función administrativa para efectos de tramitar las peticiones, quejas y reclamaciones de los usuarios frente a las decisiones que aquellos pueden tomar

¹⁵ Sentencia del 14 de abril de 2005. Expediente 13.599. M.P.: Alier E. Hernández Enríquez

y que afectan a éstos (arts. 152 a 159, Ley 142/94), no significa que el contenido de tales decisiones dependa exclusivamente de la voluntad de quien las profiere, ni que las mismas carezcan de límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular, no se puede perder de vista que la atribución de funciones administrativas a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no obedece a una concesión liberal del legislador, tendiente a otorgarles preeminencia gratuita sobre los suscriptores y usuarios en su relación contractual; tal atribución, sin duda es consecuencia del hecho de que los servicios públicos domiciliarios tengan la naturaleza de esenciales, dado que dicha connotación implica que los mismos son indispensables para la obtención de unas condiciones mínimas de dignidad humana, la cual, como lo predica el artículo 1º de la Constitución Política, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho que nos rige.

Es claro entonces, que la prestación de servicios públicos domiciliarios, no puede analizarse exclusivamente desde el punto de vista del ejercicio de una actividad económica lucrativa, como cualquier servicio que se pueda ofrecer al público en general, puesto que se trata de servicios de una naturaleza que resulta vital para todas las personas; es por ello que existe la obligación estatal de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365, C.P.), y además el deber del Estado de garantizar que su prestación se haga en condiciones que no resulten lesivas de los derechos de los usuarios, ejerciendo su facultad de intervención en tales servicios, “...para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”(art. 334, C.P.).

En consecuencia, la atribución de esas funciones administrativas a las empresas de servicios públicos domiciliarios, si bien apunta, de un lado, a facilitar la debida prestación de los servicios por parte de las empresas permitiéndoles tomar decisiones que resultan indispensables para ello, aunque puedan afectar situaciones particulares de los suscriptores y usuarios de tales servicios, implica, de otro lado, una garantía para estos últimos, en la medida en que les otorga la posibilidad de controvertir directamente tales decisiones, mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos para impugnarlas; además, tratándose del ejercicio de funciones administrativas, a pesar de que puedan ser particulares los

que por excepción las ejerzan, en el caso de las empresas públicas de servicios privadas, ellas deben cumplirse con observancia de los principios que en general las informan, contenidos tanto en el artículo 209 de la Constitución Política, como en el artículo 3 del CCA¹⁶.

Por lo tanto, si bien es cierto que los prestadores de servicios públicos domiciliarios están autorizados para elaborar los contratos de condiciones uniformes que regirán la relación entre ellos y sus usuarios y que tales negocios jurídicos celebrados con cada uno de los suscriptores o usuarios, como todo contrato, resulta de obligatorio cumplimiento para las partes, también lo es que las facultades que se incluyan a favor de las empresas en las cláusulas de los mismos, deben corresponder a las que efectivamente aquellos legalmente posean, y no, a las que autónomamente se quieran atribuir.

2.2.6. El principio constitucional del debido proceso.

Finalmente, no puede dejarse de lado el análisis del derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual implica, entre otras cosas, el derecho de ser juzgado por conductas que estén previamente contempladas en la ley, por juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, debiéndose entender esta disposición en forma extensiva a toda clase de actuación -no sólo judicial- que implique la derivación de una sanción para el administrado, puesto que la norma constitucional inicia estableciendo que “*El debido proceso se*

¹⁶ El artículo 209 de la Constitución Política dispone: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

El Artículo 3 del CCA, establece: “**Principios orientadores.** Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. (...)”

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1º de la ley 58 de 1982 y 32 de este código”.

aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". En consecuencia, también en el ámbito de las actuaciones administrativas, debe darse aplicación al principio de legalidad de las penas o sanciones.

En relación con este derecho fundamental, ha dicho la Corte Constitucional¹⁷:

"En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional¹⁸, haciendo énfasis -entre otros temas- a los principios de reserva legal, tipicidad o taxatividad de las sanciones¹⁹ y favorabilidad en la aplicación de la ley sancionadora²⁰. Sobre este asunto ha dicho particularmente la Corte lo siguiente:

*"Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites "al ejercicio de dicha potestad punitiva"²¹. **Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa**"²² (Negrilla fuera de texto original).*

"Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición"²³²⁴.

¹⁷ Sentencia T-284 del 5 de abril de 2006. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

¹⁹ Ver la Sentencia C-1080/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁰ Cfr. sentencia T-1087 de 2005, citada.

²¹ Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

²² Ver la Sentencia C-597 de 1996.

²³ Ver la Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

Conforme a lo anterior podemos deducir que para poder aplicar sanciones legítimas por parte del Estado²⁵, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse las garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a *“proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”*²⁶.

Una de estas garantías, a saber la legalidad y tipicidad de la infracción y la sanción, constituye -además- una de las pautas básicas de cualquier tipo de responsabilidad. Al respecto basta con recordar lo que el principio fundamental previsto en el artículo 6° de la Constitución Política ordena: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

Así mismo, cabe precisar que la Corte ha hecho particular énfasis en que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. Al respecto ha dicho esta Corporación: *“no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”*²⁷. Esta premisa, sin duda, es el principal fundamento de la función pública en cualquiera de sus manifestaciones ²⁸

Puesto que en materia de servicios públicos domiciliarios, las facultades que se les otorgan a las empresas prestadoras de los mismos para que sean ejercidas frente al incumplimiento de los suscriptores o usuarios respecto de sus obligaciones contractuales dan lugar al ejercicio de función administrativa, por expresa disposición de la ley, tal ejercicio, sin lugar a dudas, debe efectuarse con estricta observancia de este derecho fundamental del debido proceso, lo que implica, como ya se vio, entre otras cosas, que de manera previa, deben estar legalmente contempladas tanto las conductas que se consideran infractoras, como las decisiones que frente a las mismas, pueden tomar las empresas.

²⁴ Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis.

²⁶ Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷ Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Al respecto, no sobra recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 y 9, se refieren en forma particular y explícita al respeto del principio de legalidad.

²⁸ Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el presente caso, la ley sólo les otorgó competencia para suspender o dar por terminado el contrato, y para cortar los servicios a los suscriptores o usuarios, en los eventos específicamente contemplados por la misma ley.

En consecuencia, las empresas carecen de la facultad de imponer sanciones pecuniarias, en la forma en que lo señaló la CREG en el artículo 54 de la Resolución No. 108 de 1997, razón por la cual, dicha norma será anulada.

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

F A L L A

PRIMERO.- Declárase la nulidad del artículo 54 de la Resolución No. 108 de 1997, párrafos uno y dos inclusive, expedida por la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas CREG, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Niéganse las demás pretensiones.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidente de Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA