



20201321041801

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: **20201321041801**

GJ-F-043 V.8

Fecha: 20/10/2020
Página 1 de 12

Señora Juez¹

**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTA
E.S.D.**

Correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
DEMANDANTE: **GAS NATURAL S.A.**
DEMANDADO: **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**
RADICADO: **11001333400320190029800**

CONTESTACION DE LA DEMANDA

CRISTIAN HERNAN BURBANO SANDOVAL, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.613.442 y portador de la T.P. No. 161303 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como consta en el poder radicado al despacho, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación de la demanda de conformidad con el Código de Procedimiento administrativo de lo Contencioso Administrativo:

POCISION FRENTE A LA OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ESTA DEMANDA

La parte demandante desprende su argumento aduciendo que la presente acción se encuentra dentro del término legal para ser iniciada, como se establece en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que señala: “Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo”. Debe tenerse en cuenta, así mismo, lo indicado en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, que dispone: “La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. Para el caso de la Resolución SSPD-20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, objeto de este medio de control, la acción no se encuentra caduca.

Se difiere frente a lo dicho en el escrito de demanda por cuanto no es cierto, el presente medio de control se inició por fuera de los 4 meses, por cuanto la prestadora radico la solicitud conciliatoria por fuera del término que establece la norma para el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho es decir posterior a los 4 meses que ordena el numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, la prestadora GAS NATURAL ESP tenía hasta el día 13 de abril de 2019 para presentar la solicitud y esta presenta solicitud el día ocho (08) de agosto de dos mil diecinueve (2019) ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho.

ARGUMENTOS FRENTE A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente a la caducidad, se tiene que la Resolución No. SSPD – 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el usuario

1

y de la cual se pretende su revocatoria, fue notificada por aviso el 13 de diciembre de 2018, a la prestadora GAS NATURAL S.A E.S.P; por tanto el término para presentar la solicitud de Conciliación vencía el día 13 de abril de 2019 y la prestadora presenta solicitud Nación la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho el día ocho (08) de agosto de dos mil diecinueve (2019) ante la Procuraduría General de la Nación, desbordado el termino referido en la norma.

Ahora, el demandante pretende desviar la atención aduciendo que la solicitud de conciliación presentada se realizó contando el término de caducidad a partir de la notificación del acto administrativo que para el presente caso es el referente a la Resolución SSPD 20198140074445 del 25 de abril de 2019, por la cual se resolvió la solicitud de aclaración de la Resolución SSPD 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, Resolución que fue notificada por aviso el día 9 de mayo de 2019, que revisado el documento de convocatoria, en el aparte de la Caducidad del Medio de Control lo refiere, argumentando que está dentro del tiempo por cuanto la resolución SSPD 20198140074445 del 25 de abril de 2019 se notificó por aviso el día 9 de mayo de 2019; que contando el término, expreso por la norma este vencería el día 9 de septiembre de 2019.

De la conducta desplegada por el demandante y de los argumentos que pretende hacer valer para validar de que en el presente medio de control no opero el fenómeno de la caducidad es pertinente precisar que de acuerdo al artículo 45 del CPACA, este hace referencia a que la corrección de errores formales al Acto Administrativo no revive los términos legales para demandar el acto.

“Artículo 45. Corrección de errores formales.

En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda”.

Frente al caso en particular, se tiene que, el acto administrativo contenido en la Resolución No. SSPD – 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, el cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por el usuario, presentaba un error de dígito aritmético en el artículo primero de la parte resolutoria, por lo tanto era procedente su aclaración tal y como lo solicito la prestadora GAS NATURAL hoy demandante, resolviendo el mismo mediante el Acto Administrativo resolución SSPD 20198140074445 del 25 de abril de 2019 que se notificó por aviso el día 9 de mayo de 2019.

Que bien lo advierte la resolución aclaratoria SSPD 20198140074445 del 25 de abril de 2019, que era procedente realizar la aclaración del dígito numérico que se fue de más, dejando precisión que la aclaración realizada no genera ningún cambio en el sentido material de la decisión por lo tanto es de plena aplicación lo ordenado en el artículo 45 del CPACA.

Ahora, analizando la norma trascrita, esta establece que en ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, **ni revivirá los términos legales para demandar el acto**, siendo este aparte claro en el sentido de que el acto aclaratorio no revive los términos para demandar del acto resolutorio del recurso de apelación y del cual se pretende su revocatoria.

De tal manera que hay caducidad del medio del control, por cuanto la prestadora GAS NATURAL ESP debió interponer la solicitud antes del día 13 de abril de 2019, es decir dentro del término legal para ser iniciada, según lo establecido en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que señala: “Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo”.

Así las cosas y bajo los argumentos expuesto y lo probado dentro del expediente administrativo se puede observar que, la excepción propuesta tiene todos los elementos para que se despache favorablemente y finiquite el presente proceso.

EN CUANTO A LAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Es importante mencionar que la prestadora GAS NATURAL S.A E.S.P, como prestador del servicio domiciliario de Gas, le asiste el derecho de recuperar los consumos dejados de facturar, esto a las luces de la Ley 142 de 1994, de igual manera es la prestadora quien debe demostrar

los consumos dejados de facturar y si la desviación significativa fue por causa dolosa del usuario, para así poder entrar a dar aplicación al artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

Los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, tienen el derecho a que se les respete el debido proceso administrativo que adelanten las prestadoras en virtud de la Ley 142 de 1994 y el contrato de Condiciones Uniformes.

La SSPD mediante concepto unificado No. 34 de 09 de noviembre de 2016 ha manifestado que *“los prestadores solo (sic) pueden recuperar consumos para aquellos periodos en que **puedan probar** que existió irregularidad que viabiliza la recuperación de consumos”*. Lo anterior, en correlación con lo previsto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, que prevé que, una vez realizado el hallazgo de la irregularidad en la medición, podrá recuperarse el consumo dejado de facturar hasta 5 meses atrás.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo a la actuación desplegada por la SSPD en la decisión tomada, se tiene que el acto administrativo que decide el recurso impuesto por el usuario goza de legalidad, dado a que el procedimiento que se llevó a cabo para la modificación de la de la decisión empresarial, fue basado en el análisis de las pruebas que obraban en el expediente y teniendo en cuenta los argumentos del recurrente y del proceso llevado por la Empresa GAS NATURAL S.A E.SP; de esta manera encontramos que para el caso la normatividad aplicable es el artículo 150 de la ley 142 de 1994, que tal y como se ha venido mencionando, faculta a la empresa prestadora la posibilidad de recuperar consumos, teniendo como límite, por una parte la caducidad de cinco (5) meses, y por otro lado el respeto de las garantías mínimas que le asisten a los usuarios.

Las empresas de servicios públicos, deben garantizar que esta clase de procesos se ciñen a lo establecido por la ley sobre todo cuando de aplicar cobros se trate, evitado así que dichos cobros sean caprichosos y acatando en todo sentido el artículo 4 de la Constitución en cuanto que es deber de todos los colombianos “acatar la Constitución y la Ley”.

Ahora frente a la relación de usuario y empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, esta relación se consagra en la constitución y las leyes 142 del 1994 y la ley 689 de 2001, de la misma manera las reglas establecidas por las comisiones de regulación y particularmente por lo dispuesto en el Contrato de Condiciones Uniformes, bajo el principio de que el contrato es ley para las partes, por lo tanto todo usuario y ESP, deben acatar su cumplimiento en aras de armonizar la relación usuario empresa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 128 de la ley 142 de 1994.

De esta manera se tiene que no se comparte lo escrito por el demandante en cuanto a que la SSPD no acata lo establecido en la Ley 142 de 1994 y el concepto 034 de 2016, pues como se desprende en el mismo y se recalca en el concepto, la prestadora solo podrá cobrar los consumos dejados de facturar que efectivamente logre demostrar; que para el presente caso solo logro demostrar un periodo tal y como se demostrara en el transcurso del presente proceso.

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

Hecho 1: es cierto, la prestadora cuenta con las facultades descritas.

Hecho 2: Es cierto, la empresa GAS NATURAL S.A E.S.P, suministra el servicio a la Carrera 69 A No. 31 SUR 26, por lo cual se creó la cuenta contrato y/o póliza No. 2630454.

Hecho 3: El hecho desvía un poco la atención frente al término que, para la prestadora indica como indicio, puesto que al inicio de la investigación, esta se realiza mediante sospecha de anomalías en el aparato de medida mas no hay prueba indiciaria que corrobore la existencia de tiempo atrás hubiese alteración al medidor, por tanto la prestadora Gas Natural S.A E.S.P realiza visita técnica el día 3 de mayo de 2018, de acuerdo al expediente administrativo.

Hecho 4: Es parcialmente cierto, toda vez que la prestadora por cuanto se procedió al retiro del medidor AC/56-05-5 No. 865774, el cual presentaba inoperancia, pero no determina el informe de laboratorio la manipulación del mismo, la anomalía presentada por el medidor fue “Medidor No Registra” de acuerdo a la visitada de fecha 3 de mayo de 2018, y según el informe de inspección emitido por el laboratorio el cual lo diagnostica como NO CONFORME.

Hecho 5: Es cierto, el documento a que hace referencia expone los argumentos en que se basa un presunto incumplimiento del contrato, pero se está dentro del proceso administrativo en donde

el usuario se opuso y ejerció su derecho de contradicción, lo establecido en el hecho se deberá probar, por cuanto da a entender que efectivamente hubo un incumplimiento del contrato.

Hecho 6. Es cierto, el Usuario ejerce su derecho.

Hecho 7: Es cierto, se expidieron las facturas a que se hace referencia en el presente hecho.

Hecho 8: Es cierto, el usuario el señor ARQUIMEDES QUIROGA, presenta escrito en el cual manifiesta su inconformidad a la facturación del servicio de GAS.

Hecho 9: Es cierto.

Hecho 10: Es cierto.

Hecho 11: Es cierto, la prestadora da trámite al recurso más sin embargo en el hecho se da por sentado que el usuario no pudo desvirtuar las anomalías presentadas y que por eso se procedió al cobro de los 5 periodos, lo dispuesto en el presente hecho deberá ser probado dentro del presente proceso, toda vez que el cobro a que hace referencia el demandante es de 5 periodos y la prestadora solo logro probar que la anomalía existió en un periodo.

Hecho 12: Es cierto pero no como lo quiere a ver el demandante, la SSPD, actuando dentro de sus facultades y obligaciones Constitucionales y Legales resuelve el recurso impetrado por el usuario y decide modificar la decisión empresarial por cuanto la prestadora solo logra demostrar que la anomalía persistía durante un periodo y no logro probar que se hubiese presentado durante los 5 meses anteriores; esta decisión fue tomada en derecho y aplicando la normatividad del caso y no de manera caprichosa como lo expone el demandante al argumentar que “de manera sorpréndete la SSPD modifica el Acto Administrativo expedido por mi representada.....”.

II. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Respecto de las pretensiones consignadas en el petitum de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas, en primer lugar, por cuanto el Acto administrativo Resolución No. Resolución SSPD-20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, goza de toda legalidad y fue producida y motivada bajo la normatividad aplicable al particular; en segundo lugar, dado a que mi representada actuó bajo una facultad legal concedida bajo el amparo de la Ley de servicios públicos y dentro de sus funciones de inspección, vigilancia y control por lo tanto, pretender que la SSPD, ejerciendo sus funciones retribuya o pague suma alguna a los prestadores por concepto de facturación de un servicio público domiciliario, es a todas luces improcedente y fuera de contexto.

En materia de servicios públicos, no existe solidaridad entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las personas vigiladas por éstas, como tampoco con los usuarios y suscriptores de los servicios, comoquiera que sus decisiones se enmarcan en las funciones constitucionales de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos.

En el caso objeto de estudio, la decisión está sustentada en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994:

Artículo 154. De los recursos. *El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.*

De esta manera se tiene que, en los términos del artículo 128 de la Ley 142 de 1994, el contrato de servicios públicos domiciliarios es *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.*

En consecuencia, y tal como lo establece el artículo 142 de la Ley 142 de 1994, las partes del contrato de servicios públicos son la empresa de servicios públicos, en este caso, Gas Natural S.A. E.S.P. y el suscriptor y/o usuario, el señor ARQUIMEDES QUIROGA:

Artículo 130. Partes del contrato. *Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario.*

El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

(...)

Parágrafo. *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 dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma.*

De esta manera se concluye que quien debe asumir el pago por la prestación del servicio público de gas es el usuario sin que exista, tal como se replicó, solidaridad con el ente de inspección, vigilancia y control

Lo anterior en consideración a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que me permito hacer valer.

III. RAZONES DE LA DEFENSA – SOCIALIZACION DEL RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS

De antemano solicito se tengan como argumentos para sustentar la posición de esta Entidad, las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas en el acto administrativo demandado, las que soporto y complemento con los siguientes argumentos, atendiendo los planteamientos de la demanda:

Son objeto de defensa el siguiente acto administrativo:

No. Acto Administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
SSPD 20188140343715	29-11-2018	Resolución por la cual se resuelve un Recurso-modifica decisión Empresarial	Dirección Territorial Centro

Acto Administrativo que se encuentra ajustado a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, tal como se expone a continuación frente a los argumentos de la demanda.

CARGOS DE LA DE LA DEMANDA

El demandante estableció como normas violadas las siguientes:

Constitucionales: Artículo 29 de la Constitución.

Normas Legales: Ley 142 de 1994, los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

CONCEPTOS DE VIOLACION

El apoderado de la demandante formuló en su escrito de demanda los siguientes cargos:

1. Falsa Motivación del Acto Administrativo que condujo a la Violacion del Artículo 29 de la CN, Vulneración del derecho al debido proceso.

Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ha violado el artículo 29 de la CN, al ignorar por completo los hecho y pruebas presentadas por GAN NATURAL S.A E.S.P, dentro de la investigación que se adelantó en contra del usuario ARQUIMEDES QUIROGA, pruebas tales como el Documento de Hallazgos No. 10150143-CF004368-2018, Documento de

Facturación No 10150143-CF5687-2018, Acto Administrativo No 10150143-CF6021-2018 y Acto que resolvió el recurso de reposición No. 10150143-CF732-2018, respecto de la anomalía presentada en los consumos del servicio de gas violando así el debido proceso incurriendo en una falsa motivación.

También argumenta que dentro del proceso se demostró a través de indicios que el usuario habría manipulado su medidor por cuanto el promedio de consumo tuvo una variación y no concordaba con lo consumido habitualmente.

2. Infracción de la Normas en la que debería fundarse el Acto Administrativo.

El demandante argumenta el presente cargo que al expedir Resolución 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, se infringieron las normas en las que dicho acto debió fundarse, esto es, los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

Que al analizar las normas descritas y al existir una anomalía en la medición, la empresa que presta el servicio público puede iniciar una investigación con el fin de determinar si está contabilizando el servicio de forma correcta, que en el presente caso es el servicio de Gas y al no establecer el consumo correcto por acción u omisión del usuario la prestadora podrá facturar nuevamente los consumos no facturados hasta por 5 periodos.

Establece el demandante que GAS NATURAL S.A ESP, tenía derecho basado en las normas trascritas a realizar la facturación correspondiente a 5 periodos como lo está estableció la decisión empresarial Acto Administrativo No 10150143-CF6021- 2018.

ANALISIS DE LOS CARGOS DE LA DEMANDA Y FIJACIÓN DEL LITIGIO

Del presente caso se desprende los siguientes interrogantes:

¿La Resolución 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, expedida por la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se produjo con falsa motivación por violación al artículo 29 de CN y se fundó infringiendo los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994?

¿La prestadora GAS NATURAL S.A ESP, logro demostrar que, la anomalía del medidor persistió durante los 5 periodos anteriores a la fecha del hallazgo dentro del trámite en que la Dirección Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios decidía el recurso de apelación interpuesto por el usuario?

Dentro de las argumentaciones que procedo a exponer, se desvirtuaran los cargos propuestos en la demanda, toda vez que los mismos no cuentan con el sustento suficiente para revocar la Resolución 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018;

Así las cosas, es pertinente iniciar con el análisis de la norma aplicable al tema en cuestión.

Veamos que dice el artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

ARTÍCULO 150. De los cobros inoportunos. *Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.*

- (I) Derecho A La Igualdad Frente Al Usuario Y La Empresa De Servicios Públicos Domiciliarios.

Los servicios públicos domiciliarios son catalogados como un fin esencial del estado así lo determino la Corte Constitucional en sentencia T 540 del 24 de septiembre 1992, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde dice que “ *Los servicios Públicos son el medio por el cual el estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CN art.2) el sentido y razón de ser de los poderes constitutivos en el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derecho individuales de sus miembros...*” .

Los servicios públicos domiciliarios, son tenidos en cuenta como un derecho colectivo, por cuanto el Estado debe garantizar su eficiente prestación como un medio para que los ciudadanos tengan calidad de vida; igualmente los servicios públicos son mecanismos de garantía de otros derechos fundamentales, por lo tanto, es la constitución quien le da esa prerrogativa de servicios esenciales y por ende es la misma constitución la que otorga potestades al legislador para que regule tan importantes servicios, por lo tanto es su deber, mantener en armonía la prestación de estos.

El poder Legislativo es quien posee la potestad de que sean regulados acorde a la Constitución, de tal manera que, en ejercicio de esta autoridad, los regulo a través de la ley 142 de 1994, norma que determina los aspectos relacionados entre la empresa y el usuario, los servicios a prestar, sus condiciones y forma contractual, los mecanismos de defensa frente a la empresa y demás prerrogativas tendientes a que la relación usuario y empresa sea armónica.

De esta manera se plantea que la ley de servicios públicos como mínimo abarca aspectos que se encuentran acordes a los fines estatales, tales como el marco constitucional de los servicios públicos, su régimen legal, regulación, control, inspección y vigilancia, régimen tarifario, relación empresa usuario, derechos de los usuarios, sus mecanismos de defensa, teniendo como prioridad los usuarios.

Ahora de acuerdo al caso concreto, se tiene que de acuerdo al artículo 150 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos se encuentran facultadas para recuperar los consumos dejados de facturar, tal y como se ha señalado en reiterados conceptos y Circulares de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al expedir la Circular No. 011 de 2004, señala “ ... entiende esta Superintendencia, que las empresas observando el debido proceso pueden a través de la actuación administrativa recuperar la energía en los casos en que se compruebe que existieron irregularidades en los medidores o acometidas, no atribuibles a la empresa, que condujeron a que los consumos reales no fueran registrados en su totalidad en el equipo de medida y, en consecuencia, puedan cobrar según la ley todos los consumos no registrados ni facturados que se causen en virtud del contrato de condiciones uniformes, teniendo en cuenta el termino señalado en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, siempre que se encuentre debidamente probados en el proceso administrativo....” (Subrayado a intención)

Ahora en el contrato de Condiciones Uniformes suscrito entre el usuario y la ESP, en su cláusula 55, determina el procedimiento para efectuar el consumo no medido o registrado por acción u omisión del usuario y por tanto poder realizar dicho cobro; de la misma manera se establece bajo que principios y garantías constitucionales y legales se debe realizar el proceso, siempre respetando el debido proceso consagrado en el artículo 29 superior.

Dentro del presente caso se observó que la usuario conto con todas las garantías procesales para el proceso administrativo que se llevó a cabo y que las pruebas obrantes determinaron que tanto la ESP como la SSPD tomaran las decisiones que se adoptaron en debida forma, por cuanto se demostró de acuerdo al caudal probatorio aportado por GAS NATURAL S.A ESP, que la anomalía persistió por el periodo de mayo de 2018, dado a que la única prueba portada al expediente fue el acta de visita de fecha 3 de mayo de 2018, por lo tanto tendría derecho a recuperar lo efectivamente probado y no basarse en meros indicios para proceder a facturar periodos que no logro demostrar que anomalía persistía, pues esto llevaría a un abuso de la posición dominante del contrato.

ANÁLISIS FRENTE AL CASO EN CONCRETO A LAS LUCES DE LA LEGISLACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES Y DEMÁS NORMAS APLICABLES

Sea lo primero mencionar que la SSPD mediante Concepto Unificado No. 34 de 09 de noviembre de 2016 reconoce que de conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, los prestadores pueden recuperar consumos por 5 meses hacia atrás una vez encontrado el hallazgo de irregularidad en la medición del consumo de energía.

En este punto es importante resaltar lo previsto en el tan mencionado artículo 150 de la Ley 142 de 1994:

“Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario”.

Así, la prescripción para el cobro a través de la factura de bienes o servicios en un determinado periodo, se cuenta a partir del momento en que se entrega la factura de dicho periodo al usuario.

El artículo 150 establece taxativamente tres casos en los cuales opera la limitante, así como un evento exceptivo:

- (i) Error del prestador
- (ii) Omisión del Prestador
- (iii) Consumos determinados con ocasión de una investigación por desviaciones significativas (artículo 149 LSPD)
- (iv) Excepción: Comprobación del dolo de usuario

Es de recordar nuevamente que la Ley 142 en su artículo 150, impone que a menos que se compruebe el dolo del usuario, cuando la falta de facturación atienda a un error y omisión del prestador o una investigación por desviación significativa, sólo pueden recuperarse dichos valores, hasta cinco meses después de que se entregó la factura en la cual debieron ser incluidos estos valores.

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

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

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

Adicionalmente, es de aclarar, que el artículo 150 habla de “cobros” los cuales por definición y por ley, se efectúan mediante la expedición de un acto de facturación, de tal suerte, que los 5 meses involucrarán cualquier procedimiento que el prestador haya establecido en orden a determinar las causas de la desviación y de la eventual existencia de consumos a recuperar.

Que para el presente caso se debe determinar si a la prestadora le asiste el derecho de recuperar los consumos dejados de facturar y si su proceder frente a este caso fue garantista de los derechos del usuario del servicio, de tal manera que abordando la norma, tenemos que el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, establece a favor de las empresas la posibilidad de recuperar consumos, teniendo como límite, por un lado la caducidad de cinco meses; y por el otro el respeto de las garantías fundamentales mínimas que le asisten a los usuarios. Bajo este argumento, se debe precisar que las actuaciones administrativas de las Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, son regladas, y deben ceñirse a la ley, más cuando de aplicar cobros se trata, de forma tal que la comunidad no quede sometida a la arbitrariedad o capricho de los empleados de la empresa prestadora del servicio público domiciliario. De esta manera, se materializa el mandato constitucional contenido en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia en cuanto es deber de toda persona en Colombia "acatar la Constitución y las leyes".

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

Todo lo anterior implica que quien se hace parte en dicho contrato, se compromete a sujetarse a las condiciones allí previstas para su prestación, es decir tanto la empresa como el usuario deben respetar cada una de las cláusulas contenidas en el contrato de condiciones uniformes; de tal suerte que, al usuario debe hacer uso correcto del servicio contratado, no

manipular las conexiones, acometidas o medidores, y garantizar que el prestador pueda tomar de forma oportuna y real la lectura del consumo siendo este el elemento principal del precio que se paga por el servicio recibido.

Bajo esa perspectiva, el suscriptor o usuario que incurra en alguna de esas conductas, además de hacerse acreedor a las consecuencias previstas en los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994, solo pueden corresponder a la suspensión del servicio o a la terminación del contrato, debe reconocer al prestador el valor real, del consumo efectivamente realizado y que, por las causas, que le corresponde al prestador probar, no pudo determinarse.

Ahora si bien es cierto que la empresa en virtud del artículo 150 de la Ley 142 de 1.994, puede efectuar la facturación de dichos consumos, su determinación para ser recuperado, procede única y exclusivamente como lo dispone el inciso segundo del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, esto es: (i) por promedio de los últimos consumos registrados del mismo suscriptor, (ii) por promedio de otros suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o (iii) por aforos individuales; situación que debe encontrarse definida en el contrato de condiciones uniformes.

Es de anotar, que la limitación temporal establecida en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, impone además una carga legal para los prestadores y es que solo pueden recuperar consumos para aquellos periodos en que efectivamente **puedan probar y tengan claro las causas por la que existió la irregularidad o anomalía que no permitió tomar de forma oportuna y real las lecturas del consumo** y que finalmente viabiliza la recuperación o cobro de los mismos.

De tal manera que, para hacer efectivo el derecho constitucional al debido proceso y derecho defensa es necesario que en los contratos de servicios públicos exista un acápite que regule estos procedimientos, así como la forma de determinar con claridad los consumos dejados de facturar.

Analizando el caso que nos ocupa encontramos que el procedimiento realizado por la EMPRESA GAS NATURAL, S.A. E.S.P, a través de sus funcionarios y/o contratistas, efectuaron visita de inspección técnica al predio en donde encontró irregularidades en las instalaciones.

Luego, la empresa traslada al usuario el material probatorio recaudado, señala la irregularidad encontrada y le describe el procedimiento a seguir, por lo que el usuario tenía 5 días hábiles para presentar los descargos. Es de anotar que la empresa envía la guía de correspondencia de este documento.

El usuario, a través de apoderado presentó escrito de descargos en ejercicio del derecho a la contradicción, dando continuidad con el procedimiento que estipula el contrato de condiciones uniformes, la empresa decide recuperar consumos dejados de registrar con un tiempo de permanencia de la anomalía de 5 meses, y respecto de esta actuación, la empresa anuncia los recursos que proceden antes de llevar a la factura el cobro señalado.

Dentro del término legal, el usuario interpone los recursos en cuyo escrito manifiesta su desacuerdo con la decisión de la empresa.

Por su parte, la empresa confirma el acto recurrido, no aceptó los argumentos del usuario y señaló que está debidamente probada la irregularidad señalada en la inspección y traslado del material probatorio.

Como se puede observar, las etapas procesales de la presente actuación administrativa, se encuentran definidas y realizadas de acuerdo con el contrato de condiciones uniformes, por lo que es necesario verificar si la decisión de la empresa junto con la actuación administrativa adelantada hasta este momento y que ha sido recurrida, no violó el debido proceso, adicional a lo anterior, verificar si existen méritos para que la empresa realice un cobro por consumo dejado de facturar, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso que señala que toda providencia ha de fundarse en la prueba legal, regular y oportunamente allegada a la correspondiente actuación; en relación con los señalamientos establecidos en el artículo 167 del mismo estatuto, el cual implica a las partes probar el supuesto de hecho de las normas de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, para cerrar, con el artículo 176 del Código General del Proceso, que prevé, que las pruebas se apreciarán en conjunto a efectos de decidir toda actuación.

Como se pudo evidenciar, en el presente caso, encontramos que la prestadora GAS NATURAL S.A. E.S.P allega al expediente administrativo como fundamento a su decisión de recuperación de consumos, acta de visita del 3 de mayo de 2018, la cual es confirmada por el Laboratorio de metrología bajo el informe técnico de laboratorio el cual surge de la anomalía presentada por el medidor el cual arroja "Medidor No Registra", y según el informe de inspección emitido por el laboratorio el cual lo diagnostica como NO CONFORME irregularidades que deben ser valoradas en conjunto con los medios probatorios para efectos de facturar y cobrar el gas dejado de facturar y en el presente asunto la empresa allego a la actuación administrativa que decide el recurso de alzada el dictamen del medidor el cual arroja "NO CONFORME" al no superar las pruebas tanto internas como externas, por lo que la empresa podrá recuperar el consumo dejado de facturar por el periodo en donde logro demostrar la anomalía.

De lo anterior se tiene que el usuario ARQUIMEDES QUIROGA fue enterado del procedimiento y se le dio traslado de las pruebas, pesar de los argumentos expuestos por el usuario, la empresa decide imponerle el cobro de consumo de Gas natural por ducto no pagado durante el periodo de 5 meses por valor de DIECIOCHO MILLONESCUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$18.469.650), correspondiente a 1 0 5 4 8 m3.

Ahora después de analizados lo hechos que llevaron al caso, se logra demostrar que efectivamente hubo un consumo no registrado y no facturado, consecuencia de la anomalía "Medidor no Conforme" que presento el medidor, retirado en visita del 3 de mayo de 2018; no obstante, en cuanto consumo y al periodo o lapso que se pretende cobrar, conforme al artículo 150 de la ley 142 de 1994, en el presente caso la empresa resuelve imponer el cobro del concepto de consumo no registrado y sin lograr probar que la anomalía persistía durante los meses anteriores a la visita.

Conforme a todo lo anterior y teniendo en cuenta que GAS NATURAL S.AE.S .P, no probó que la anomalía se hubiese presentado en los 5 meses anteriores a la fecha del hallazgo (visita de inspección), dado que la única acta aportada al expediente, en la que se detectó la anomalía, es el acta de inspección del periodo de mayo, realizada dentro de un solo periodo, razón por la cual la empresa no puede recuperar más de un periodo de facturación, si no se logra demostrar que la irregularidad se sostuvo en el tiempo, toda vez NO existe presunción de naturaleza Constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria que le permita a los prestadores recuperar consumos de periodos respecto de los cuales no prueba plenamente la existencia de irregularidades que impidan la efectiva medición del consumo, ni la determinación del consumo facturable. Por tanto, en ausencia de elementos probatorios adicionales, el prestador GAS NATURAL S.A. E.S.P - solo podrá recuperar los consumos para el periodo en que realice la visita y en ultimas logro probar la existencia de la irregularidad de medidor no registra.

De acuerdo al caso en estudio encontramos que la SSPD, determino que, la empresa probó la existencia de una anomalía, presentada en el aparato que media el consumo, dentro de un solo periodo, encontrándose facultada para cobrar el consumo no facturado y consumido, para el periodo de mayo de 2018, quedando así un consumo a recuperar de solo de 2109,6m3 que multiplicado por la tarifa de 1607,91, podría cobrar el valor de TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CUARENTA Y SIETE PESOS (\$ 3.392.047), valor del cual se le debe reajustar la contribución.

Como conclusión a lo anteriormente expuesto se tiene que de acuerdo a lo demostrado por la prestadora y analizados los presupuestos facticos dentro del expediente administrativo se logró establecer que había una desviación significativa y que la empresa procedió como es su deber y su derecho a iniciar las actuaciones tendientes a recuperar los consumos dejados de facturar, pero solo demostró que la anomalía persistía durante un periodo y no tiempo atrás como pretende hacer valor por medio de indicios.

Del estudio del acto administrativo acusado, se tiene que todo el procedimiento desplegado por mi defendía en producción del mismo, fue garante al debido proceso pues dio plena valoración a los hechos y las pruebas obrante tanto es así que se analizó cada prueba aportada.

Por tanto, la resolución 20188140343715 del 29 de noviembre de 2018, no cuenta con falsa motivación y además es sustentada con la normatividad pertinente al caso, toda vez que se dio plena aplicación a los artículos 146, 149 y 150 de la ley 142 de 1994; por lo tanto, los cargos esbozados en la demanda no tendrán vocación de prosperar.

POSIBLE INTERVENCIÓN DE TERCERO

El demandante pretende no incluir dentro del presente proceso al tercero con interés en las resultas del mismo para lo cual solicito al despacho se considere de manera especial la intervención del tercero con interés por cuanto la actuación que desprendió al SSPD tiene incidencia directa con el señor ARQUIMEDES QUIROGA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.164.168 y que Revisada la relación jurídica sustancial y procesal se debe tener en cuenta que el Acto administrativo demandado surgió precisamente por el interés que le asistió al usuario al hacer valer los derechos frente a la prestadora y presentar los recursos a que tiene derecho.

De esta manera se debe tener encienta que nuestra normativa procesal considera como parte material a la persona que integra o cree integrar la relación jurídica sustantiva, y que va formar parte de una relación jurídica procesal, tal y como sucede en el caso que nos ocupa el usuario es integrante de la parte sustancial , pues se está debatiendo el derecho que este posee para que se eviten cobros que las prestadoras en abuso de su posición dominante pretenden realizar en aras de procedimientos contrarios a la normatividad de los servicios públicos.

Ahora se debe recalcar que, en materia de servicios públicos, no existe solidaridad entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las personas vigiladas por éstas, como tampoco con los usuarios y suscriptores de los servicios, comoquiera que sus decisiones se enmarcan en las funciones constitucionales de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos, por tanto es improcedente pretender que el usuario no haga parte del presente proceso como tercero con interés en las resultas del mismo.

En consideración a lo expuesto, y teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados se conceda la siguiente:

IV.- PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por esta Superintendencia en el acto administrativo, cuyos planteamientos nuevamente reitero, le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, se denieguen las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

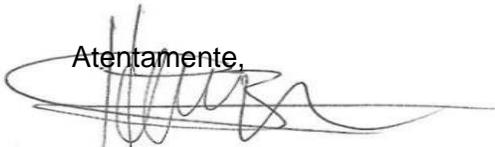
V.- PRUEBAS

Me permito solicitarle al despacho se sirva tener como pruebas, las documentales que se adjuntan a este escrito, que consisten en copias del acto demandando y de sus antecedentes administrativos.

VI.- NOTIFICACIONES

Le solicito disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Carrera 18 No. 84-35 de la ciudad de Bogotá D. C. y en el correo electrónico cburbano@superservicios.gov.co y a la entidad demandada en el correo electrónico notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co

Atentamente,


CRISTIAN HERNAN BURBANO SANDOVAL

C.C No. 4.613.442 de Popayán

T.P. No. 161.303 del C.S. de la J.

Proyectó Cristian Hernán Burbano Sandoval - Abogado contratista
Revisó: William Andrés Cárdenas Gallego- Coordinadora Grupo Defensa Judicial

