

**¿CUALES SON LOS EFECTOS PENALES Y CIVILES DEL USO
FRAUDULENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS EN
MANIZALES?**

**MARIA PATRICIA OCAMPO BELTRAN
JULIO HENRY SERRATO BRAUSIN**

**Trabajo de Grado para optar por el título de
Abogado**

**UNIVERSIDAD
DE
MANIZALES**

**Director de Proyecto
Dr. CARLOS ARLEY GÓMEZ BETANCURT**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
Octubre 10 de 2007**

**¿CUALES SON LOS EFECTOS PENALES Y CIVILES DEL USO
FRAUDULENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS EN
MANIZALES?**

**MARIA PATRICIA OCAMPO BELTRAN
JULIO HENRY SERRATO BRAUSIN**

**UNIVERSIDAD
DE
MANIZALES**

**Director de Proyecto
Dr. CARLOS ARLEY GÓMEZ BETANCURT**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES
FACULTAD DE DERECHO
MANIZALES
Octubre 10 de 2007**

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que hicieron posible que esta idea se convirtiera en una realidad, sacrificando su tiempo para hacerle el seguimiento de nuestro trabajo, millones de gracias.....

Siempre estarán en nuestros corazones.

Patricia y Julio.

DEDICATORIA

A nuestros hijos, familiares, amigos y profesores por todas las voces de aliento y el cariño con el que con paciencia y cariño, esperaron el fruto de nuestro esfuerzo. Con todo el amor.....

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION.....	1
1 PRESENTACION PROPUESTA	4
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
1.2 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.3 OBJETIVOS	7
1.3.1 Objetivo General.....	7
1.3.2 Objetivo Especifico.....	7
1.4 JUSTIFICACIÓN	7
2 REFERENTES TEÓRICOS	9
2.1 MARCO CONTEXTUAL.....	9
2.2 MARCO CONCEPTUAL.....	9
2.3 LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y EL USUARIO DEL SERVICIO.....	12
2.3.1 Diferentes concepciones del servicio público.....	12
2.3.1.1 El Derecho Francés.....	13
2.3.1.2 El Derecho Anglosajón.....	13
2.3.1.3 El Derecho Colombiano.....	13
2.3.2 Concepción de Servicio público domiciliario.....	14
2.3.3 El Usuario de Servicios Públicos Domiciliarios.....	15
2.3.4 El Contrato De Servicios Públicos Domiciliarios.....	15
2.3.5 Papel del usuario en la prestación del servicio	16
2.3.5.1 La Participación Ciudadana	16
2.3.5.2 Los Comités de Desarrollo y Control Social.....	16
2.3.5.3 Los Vocales de Control en el Municipio.....	17
2.3.5.4 Las Veedurías Ciudadanas.....	17
2.3.6 La Intervención del Estado.....	18
2.3.7 Los Derechos del Empresario en la Prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios.....	18
2.3.8 La Finalidad Social del Estado y los Servicios Públicos Domiciliarios	19
2.3.9 Régimen Penal de la Defraudación de Fluidos.....	19
2.3.10 Potestad Sancionatoria de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.....	21
2.3.10.1 Posición de la Honorable Corte Constitucional.....	23

	Pág.
2.3.10.2 Reserva Legal de la Potestad Sancionatoria.	29
2.3.10.3 Posición Del Honorable Consejo De Estado.....	33
2.3.10.4 Posición de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.....	34
2.3.10.5 Según La Doctrina.	39
2.3.11 Las pérdidas no técnicas y sus efectos sobre la prestación del servicio público.	41
2.3.11.1 Las pérdidas no técnicas en la distribución de energía eléctrica. ...	42
2.3.11.2 En Aguas de Manizales	44
3. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS EN LA CIUDAD DE MANIZALES	46
3.1 Aguas Manizales	46
3.1.1 Historia.....	46
3.1.2 Objeto Social.....	47
3.2 Central Hidroeléctrica De Caldas “CHEC” S.A. E.S.P.....	48
3.2.1 Historia.	48
3.2.2 Objeto Social.....	48
3.3 Emtelsa S.A E.S.P.	50
3.3.1 Historia.....	50
3.3.2 Objeto Social.....	50
3.4 Gas Natural Del Centro.....	52
3.4.1 Historia.....	52
3.4.2 Objeto Social.....	52
4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA.....	54
CONCLUSIONES	57
RECOMENDACIONES.....	78

INTRODUCCION

La historia de la prestación de los servicios públicos en Colombia se encuentra marcada por dos momentos de importante trascendencia en un antes y después de la Constitución de 1991. El primero inicia con la reforma efectuada a la Constitución de 1886 en el año de 1936, momento en el que el servicio es un monopolio a cargo del Estado y se rige en su totalidad por el derecho público, con la finalidad de atender a los sectores más pobres de la población¹. El segundo parte de la Constitución de 1991 y la expedición de la Ley 142 de 1994, en la cual el Estado garantizará el acceso de los particulares para intervenir en el negocio de la prestación de servicios públicos, pero siempre bajo su control y regulación; ya que hasta el momento los monopolios estatales no tenían la sostenibilidad y viabilidad suficiente para garantizar una cobertura de buena calidad en los servicios para las diferentes zonas periféricas.

Factores adicionales como la no destinación del gasto público, la prestación del servicio a través de monopolios, la no recuperación de costos por medio de las tarifas y el manejo de intereses particulares en la gestión empresarial; impedirían el mejoramiento de la infraestructura, el desarrollo tecnológico y la ampliación de la cobertura afectando directamente la calidad del servicio.

Una dificultad más que se le presenta al usuario es la limitación o imposibilidad de contar con distintas opciones de Empresas operadoras para contratar el servicio. De este modo las imperfecciones de un mercado que muchas veces no es abierto efectivamente a la competencia hacen más gravosa la situación de los usuarios y por ende desequilibrada la relación contractual de estos con los operadores.

El tratadista Alberto Montaña Plata, en su obra *“El concepto de servicio público en el derecho administrativo”*, afirma: *“Es así como, en un nuevo panorama de la prestación de los servicios públicos, en el que intervienen particulares, entidades públicas o comunidades organizadas (art. 365 C.P.) en igualdad de condiciones, resulta apenas lógico – entre otras para garantizar la iniciativa privada - hacer claridad sobre la naturaleza contractual que caracteriza la relación operador-usuario; relación esta que no se podía percibir tan fácilmente en un momento en que la estructura estatal era la*

¹ YEPES, Guillermo “Los subsidios cruzados en América Latina” En Conferencia Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo 2003.

única prestadora directa de servicios públicos habilitada por el ordenamiento jurídico".

Esta nueva óptica de la relación que caracteriza la prestación de los servicios públicos llama indiscutiblemente la atención para ser analizada de modo que pueda entenderse de manera coherente con su naturaleza de negocio jurídico, pero también con el desarrollo y cumplimiento de finalidades y deberes estatales respectivamente.

Luego de una simple apreciación de la relación operador-usuario se puede percibir un desequilibrio evidente; existe una parte que no se puede obviar y es la prestación del servicio, ya que éste se encuentra estrechamente ligada con las necesidades básicas y la calidad de vida, esto sin tomar en cuenta el resto de los derechos fundamentales para cada persona; la otra parte, en cambio, puede verse afectada en términos puramente económicos, por la no celebración de un contrato, pero de ningún modo requiere de esta condición para "sobrevivir" y desarrollarse dignamente en la sociedad.

Diversas y numerosas muestras de este "desequilibrio" pudieran enumerarse, sin embargo, la exigencia de control y vigilancia por parte del Estado va dirigida claramente a la actitud tomada por los funcionarios del derecho público, que inevitablemente deben trasladar su consideración hacia unas normas dirigidas a complementar aquellas de naturaleza contractual y orientadas a la protección de los usuarios; debido a que las estipulaciones muchas veces no son pactadas de manera consensual, sino impuestas de manera unilateral y posteriormente adheridas a los usuarios. De esta forma el Art. 369 nos hace entender en su texto político la necesidad de un "régimen de protección a los usuarios de los servicios públicos".²

Se conoce como usuario a aquella persona natural o jurídica que reporta un beneficio en razón a la prestación de un servicio público; ya sea como propietario del inmueble en donde éste se efectúa ó como receptor directo del mismo. Cuando tal usuario es sujeto de facturación en razón a su posición débil, merece el amparo del Estado a través de la adopción de políticas de solidaridad y redistribución de los ingresos y la expedición de reglamentos para su protección.

² **PLATA** Montaña Alberto, El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia Primera edición 2002, p.102

A las empresas prestadoras de servicios públicos se les ha otorgado cierta discrecionalidad para adoptar medidas que regulen la prestación del servicio a través de la elaboración de un contrato de condiciones uniformes. Dentro de esta relación contractual, el Estado se ve en la obligación de intervenir y promover la protección en favor del usuario, con el objeto de dar mayor cobertura y mejor calidad; pero también es su deber proteger el capital de aquellas empresas que hacen grandes inversiones. Por lo tanto corresponde al Estado establecer normas sancionatorias contra aquellas personas que hagan uso no autorizado o fraudulento de los servicios públicos domiciliarios, cuyos efectos se radiquen en cabeza del usuario, propietario, y/o suscriptor, ya que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 130 de la Ley 142 de 1991, 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. De esta manera, aunque el usuario parece sujeto al hecho de la expedición y posterior recepción de una factura, la ley no olvida que esta calidad deriva de un consumo por parte de aquél, consecuencia última de la suscripción de un contrato de servicios públicos; Servicio que cobra la entidad prestadora mediante la expedición de una factura.

Todos los factores influyentes en este desequilibrio sumados a los vaivenes económicos del país, el desempleo, el desplazamiento, la privatización de las empresas prestadoras del servicio, la reducción de los subsidios para los estratos más bajos y por ende el aumento de las tarifas, generan que se aumente la práctica en el uso fraudulento de los servicios públicos domiciliarios, afectando directamente la economía de las empresas que los prestan.

Es por ello que mediante éste trabajo se investigó la forma en que las empresas de Servicios Públicos de Manizales; AGUAS MANIZALES, CHEC, EMTELSA, y GAS NATURAL DEL CENTRO, controlan las pérdidas ocasionadas por usuarios que hacen uso no autorizado o fraudulento del servicio público domiciliario que éstas prestan; además, se analizaron los procedimientos aplicados por cada una de éstas empresas para determinar cuando un usuario esta haciendo uso no autorizado o fraudulento del servicio; de igual forma otros aspectos muy relevantes como: el calculo del consumo que se ha dejado de facturar y su respectivo cobro, legalidad de las sanciones por hechos de consumo fraudulento y acciones penales en contra del usuario, suscriptor, poseedor y/o propietario del inmueble, alcance de los perjuicios económicos causados a la entidad por robo del servicio, y finalmente que norma regula esta materia y como le dan aplicación a los principios Constitucionales del debido proceso, derecho de defensa y contradicción (Art. 29 C.N) a que tiene derecho el usuario, suscriptor o el propietario del inmueble.

1. PRESENTACION PROPUESTA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A partir de la promulgación de la Constitución de 1.991, en la cual se creó en nuestro país un nuevo modelo político, se pretendió abandonar el sistema de Derecho y pasar al Estado Social de Derecho, pero en contradicción a ello el Estado entregó a manos de particulares la prestación de muchas clases de servicios entre ellos los Servicios Públicos Domiciliarios. A su vez, la nueva Constitución consagró en su artículo 2 como fines sociales del Estado, ***“promover la prosperidad general, y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten en la vida económica, política, administrativa”***; de la misma manera, el artículo 365 estableció que: ***“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”***³

Basado en este artículo el Estado entregó a los particulares el manejo de la prestación de todos los Servicios Públicos Domiciliarios, pero a estos inversionistas no los mueven intereses sociales o altruistas, sino solamente económicos ya que necesitan recuperar sus inversiones y obtener buenas utilidades de este negocio, sin duda encontrando respaldo para ello en la Sentencia C-150/03, H. Corte Constitucional M.P. Doctor Manuel José Cepeda Espinosa: ***“si bien es cierto en el artículo 87 de la Ley 142 del 94 se hace referencia a principios tales como la solidaridad y la redistribución, lo cierto es que esa misma norma subordina dichos criterios a los de eficiencia económica y suficiencia financiera. De esta***

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Gómez Sierra Francisco, Editorial Leyer, Marzo de 2003. p.170

manera el legislador estableció un régimen tarifario que obedece a criterios meramente empresariales, destinado a garantizar beneficios económicos a los dueños de las empresas prestadoras de servicios públicos en desconocimiento del mandato establecido en el artículo 365 de la Carta, según la cual los servicios públicos son inherentes al Estado, quien deberá asegurar mediante su prestación el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366 de la CpC) de acuerdo con los principios del Estado Social de Derecho” por lo que a partir de este momento se iniciaron variaciones en los sistemas tarifarios y el desmonte gradual de los subsidios que el Estado esta obligado a darle a los estratos bajos, trayendo como consecuencia directa, la elevación de los precios que deben pagar los usuarios por la utilización de los Servicios Públicos Domiciliarios.

En la constitución de 1886, se aplicaban subsidios del 80% en energía eléctrica (aunque todas las empresas los bajaron hasta el 50% para el estrato 1, el 35% para el estrato 2, y el 15% para el estrato 3, por lo tanto, hubo un beneficio del costo unitario, pero con una disminución del subsidio que se aplicó a éste costo unitario, conllevando al incremento en las tarifas)⁴.

La crisis económica que vive el país ha hecho que se aumente el desempleo y que el valor de la mano de obra por consiguiente baje, disminuyéndose ostensiblemente los ingresos y el poder adquisitivo de los colombianos, de forma que es innegable que en los últimos años el incremento en las tarifas haya sido muy significativo; de hecho, si se comparan las cifras de inflación de los años 90 se observa que, en términos reales su valor se ha más que duplicado⁵.

Actualmente es fundamental para cualquier familia que habite dentro de la zona urbana de una ciudad e independientemente de los recursos económicos, la utilización de los servicios públicos domiciliarios en especial el agua y la energía; es por eso que el pueblo colombiano, ha optado por buscar medios para usar los servicios públicos que necesita para sobrevivir pero sin pagar por ellos o pagar muy poco, por ello es común escuchar que alguien tiene un “contrabando de energía, o de agua, o de gas natural, o que “chuza” (sic) el teléfono de un vecino para poder comunicarse con otras personas sin pagar por ello”; pero también del mismo modo casos de

⁴ **VELILLA**, Marco Antonio, Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 2005, Subsidios. p. 277

⁵ *Ibíd.* p.255

algunas personas donde X o Y empresa les han cobrado una sanción por que les descubrieron un contrabando, en la casa, en la finca o en la Empresa.

Lo anterior genera en los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, interrogantes como:

- a) ¿Qué normas aplican las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en Manizales para efectuar el cobro de los consumos realizados por los usuarios que hacen uso no autorizado o fraudulento del servicio que ellas prestan?
- b) ¿Cómo detecta una Empresa que un usuario esta haciendo uso no autorizado del servicio que presta?
- c) ¿Cómo cobran las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios los consumos realizados, cuando detectan que un usuario se encuentra conectado ilegalmente o en forma fraudulenta?
- d) ¿Qué procedimientos utilizan para calcular el consumo realizado por el usuario fraudulento?
- e) ¿Cómo se garantiza el debido proceso a los usuarios antes de condenarlos a pagar multas o sanciones por el uso no autorizado o fraudulento de un servicio público?

1.2 PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El sistema legal debe contar con una norma que regule de manera precisa, los procedimientos administrativos que deben seguir cada una de las Empresas prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios para investigar qué usuario esta haciendo uso indebido del servicio público que presta, y se establezca claramente que tipo de sanción se debe aplicar a quienes incurren en esta práctica, pero además, la forma en que la Empresa recupera el perjuicio económico causado, es decir, la manera en que debe cobrarle a ese usuario el consumo realizado, para evitar que las Empresas Prestadoras de los Servicios Públicos tengan pérdidas económicas por estos hechos y que en su recuperación no sean trasladados sobre costos a los usuarios que si pagan oportunamente por los servicios que consumen.

El procedimiento debe garantizarle al usuario infractor el respeto por el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción como derechos fundamentales consagrados en la Carta Política (Art. 29), sin endilgarle una responsabilidad objetiva, la cual esta proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, sino que debe ser plenamente subjetiva, reza el artículo 12 del Código Penal Colombiano *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*.

Dado lo anterior, la investigación se propone responder al siguiente interrogante: *¿Cuáles son los efectos civiles y/o penales que debe enfrentar el propietario, suscriptor y/o usuario por el uso fraudulento de los servicios públicos domiciliarios de agua, energía eléctrica, telefonía fija, y gas en Manizales?*.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General. Analizar los efectos civiles y/o penales que debe enfrentar el propietario, suscriptor y/o usuario por el uso fraudulento de los servicios públicos domiciliarios de agua, energía eléctrica, telefonía fija, y gas, en Manizales.

1.3.2 Objetivo Especifico.

- a) Establecer los procedimientos administrativos que siguen las empresas para cobrar el servicio dejado de facturar y en que normas se apoyan.
- b) Definir que sanciones aplican las empresas a los usuarios fraudulentos en Manizales.

1.4 JUSTIFICACIÓN

Corresponde al Estado regular la relación entre las empresas prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios y los Usuarios, a fin de asegurar la protección del usuario por ser la parte débil de esta relación e impedir los excesos que éstas puedan cometer contra el usuario, en uso de la posición dominante que ellas ostentan.

Es por ello que se realizó un estudio detallado de la normatividad que rige la prestación de Servicios Públicos Domiciliarios en Manizales, para conocer cuales son las consecuencias que deben afrontar las personas que acuden a estas prácticas, y que el usuario, cuando afronte las consecuencias de sus acciones, no tenga la sensación de que el castigo aplicado por las empresas fue arbitrario y en ejercicio de una posición dominante, o que les endilgaron acciones fraudulentas, que en la realidad no han cometido, o si la han cometido, se ha realizado un cobro exagerado y desproporcionado respecto al verdadero beneficio que obtuvo el usuario sin la protección del Estado.

2. REFERENTES TEÓRICOS

2.1. MARCO CONTEXTUAL

Para el desarrollo del presente trabajo, se partió de la información que se recopiló de las Empresas prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de la Ciudad de Manizales; en lo referente a la normatividad por la que se rigen éstas, para establecer los cobros de consumos y sanciones, cuando existen usuarios del servicio de manera irregular. Esas empresas son: Aguas Manizales, Chec, Emtelsa Y Gas Natural Del Centro. Estudio comprendido entre Julio de 2005 a Septiembre de 2006.

2.2. MARCO CONCEPTUAL⁶

Acometida: Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general. Para el caso de alcantarillado la acometida es la derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local.

Empresa de servicios públicos oficial: Es aquella en cuyo capital, la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

Empresa de servicios públicos mixta: Es aquella en cuyo capital, la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

Empresa de servicios públicos privada: Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios

⁶ El anterior marco contextual, fue tomado de la Ley 142 de 1994 por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

Estratificación socioeconómica: Es la clasificación de los inmuebles residenciales de un municipio, que se hace en atención a los factores y procedimientos que determina la ley.

Factura de servicios públicos: Es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos.

Libertad regulada: Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

Libertad vigilada: Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia.

Posición dominante: Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

Prestación directa de servicios por un municipio: Es la que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio.

Red interna: Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere.

Red local: Es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles.

Regulación de los servicios públicos domiciliarios: La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.

Saneamiento básico: Son las actividades propias del conjunto de los servicios domiciliarios de alcantarillado y aseo.

Servicios públicos: Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta Ley.

Servicios públicos domiciliarios: Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible.

Servicio público domiciliario de acueducto: Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición.

Servicio público domiciliario de alcantarillado: Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos.

Servicio público domiciliario de energía eléctrica: Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.

Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada: Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio.

Servicio público de larga distancia nacional e internacional: Es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.

Servicio público domiciliario de gas combustible: Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición.

Subsidio: Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe.

Superintendencia de servicios públicos: Es un organismo de carácter técnico. Creado por la Constitución de 1.991 para que, por delegación del Presidente de la República, ejerza el control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Suscriptor: Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos.

Suscriptor Potencial: Persona que ha iniciado consultas para convertirse en usuario de los servicios públicos.

Usuario: Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.

2.3 LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS Y EL USUARIO DEL SERVICIO

2.3.1 Diferentes concepciones del servicio público

2.3.1.1 El Derecho Francés. La Teoría del servicio público de corte tradicional –cuyos máximos exponentes fueron Jéze y León Diguít, pertenecientes a la escuela de Burdeos-, se desarrolló en Francia con la jurisprudencia del siglo XIX⁷ y constituyó el fundamento del naciente Derecho Administrativo. Pese a que el derecho francés aún no conserva en su totalidad la teoría del servicio público,⁸ en la actualidad es acogida por otras legislaciones en el mundo, como la de Holanda o Suecia.

Para la teoría clásica del servicio público, los servicios constituyen un monopolio a cargo del Estado, y su prestación se rige por las normas del derecho público. Lo primordial en la teoría francesa lo constituye la defensa del servicio y la protección del usuario.

2.3.1.2 El Derecho Anglosajón. El Derecho anglosajón concibe el servicio público como una actividad común del mercado y en su dinámica no es admisible la intervención estatal.⁹ Conforme a estos supuestos, quien se beneficia de la prestación del servicio se conoce como “cliente” y constituye el centro del sistema económico que envuelve la actividad y se encuentra facultado para decidir y escoger.

Para la efectiva prestación del servicio, el cliente tiene la obligación de pagar un precio, que responde a los costos directos e indirectos que genera la realización de la actividad y la consiguiente obtención de utilidades razonables por parte de la empresa oferente, que bajo estos criterios busca ser económicamente viable y sostenible.

2.3.1.3 El Derecho Colombiano. Como se dijo al inicio de la presente investigación, la historia de la prestación de los servicios públicos en Colombia se encuentra marcada por dos momentos: antes y después de la Constitución de 1991.

⁷ Particularmente con la expedición del conocido “Fallo Blanco” en el año de 1873, el cual dirimió el conflicto de competencia y régimen jurídico aplicable a los servicios públicos.

⁸ En Francia, la teoría clásica del servicio público fue objeto de múltiples discusiones, hasta que en el siglo XX, por las fallas que se presentaban en la prestación del servicio, la excesiva intervención estatal y la entrega de los servicios a la gestión de los particulares, comienza a hablarse de la “crisis de la noción de servicio público”.

⁹ La actividad es regulada por el derecho privado.

El primer momento inicia con la reforma efectuada a la Constitución de 1886 en el año de 1936. El servicio público es concebido de manera ortodoxa y tiene su fundamento en el modelo francés. Es un monopolio a cargo del Estado y se rige en su totalidad por el derecho público, con la finalidad de atender los sectores más pobres de la población a través del método económico de los subsidios cruzados.¹⁰

A partir de la Constitución de 1991 y la expedición de la Ley 142 de 1994 Colombia cambia de modelo, pero no opta totalmente por acoger la teoría anglosajona, sino que adopta una posición ecléctica o mixta sin dejar de lado el concepto francés.

El usuario, que en razón a la aparente posición débil que ostenta, merece el amparo del Estado a través de la adopción de políticas de solidaridad y redistribución de los ingresos y la expedición de reglamentos para su protección. Además de la existencia de un régimen de protección del usuario, se deja también a las empresas cierta discrecionalidad para adoptar medidas que regulen la prestación del servicio a través de la elaboración un contrato de condiciones uniformes.

2.3.2 Concepción de Servicio público domiciliario. Si bien a la doctrina y a la jurisprudencia les ha costado llegar a una definición concreta de lo que es un servicio público, debe entenderse que su finalidad se encuentra directamente relacionada con la satisfacción de las necesidades de carácter general y que afectan por tanto a un número determinado de personas. Dicha satisfacción de necesidades constituye uno de los fines principales del Estado, cuando en sus preceptos constitucionales habla de la prosperidad general, el servicio a la comunidad, colocando a los servicios públicos como uno de los medios o herramientas más importantes para alcanzar estos objetivos.¹¹

¹⁰ “Los subsidios cruzados implican cobrar tarifas por debajo de los costos a un grupo de usuarios (usualmente domésticos) y tarifas por encima del costo a otros (frecuentemente a usuarios industriales y al comercio). El objetivo principal de esta política, que se aplica en la mayoría de los países de la Región, ha sido favorecer el acceso de las familias de bajos ingresos a los servicios”. YEPES, Guillermo. “Los subsidios cruzados en América Latina”, en: Conferencia Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo. 2003.

¹¹ Esta disposición se materializa en el Artículo 365 de la C.N., cuando afirma que: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

Con esta finalidad, el Estado se encuentra de forma exclusiva a cargo de la prestación de ciertos servicios públicos por su naturaleza y connotación dentro del concepto de soberanía nacional, como son los relacionados con la administración de justicia y la fuerza pública, pero en otros, ¹² prevé la participación de particulares sometidos a sus reglas.¹³

Es por ello que la acepción merece el reconocimiento de un régimen jurídico especial por parte del legislador, quien es finalmente el que decide cuáles constituyen servicios cuya prestación está en cabeza del Estado o de un particular con ciertas características. Además, el Estado se ve en la obligación de intervenir en su respectiva prestación y promover una protección a favor de quien se beneficia del servicio.

2.3.3 El Usuario de Servicios Públicos Domiciliarios. El artículo 1º del Decreto 565 de 1996, que reglamentó la Ley 142 de 1994 en algunos aspectos, establece que se entenderá por usuario aquella persona, sea natural o jurídica, que reporta un beneficio en razón a la prestación de un servicio público, ya sea como propietario del inmueble en donde ésta se efectúa, o como receptor directo del servicio, cuando es sujeto de facturación. De esta manera, aunque el concepto de usuario parece supeditado al hecho de la expedición y posterior recepción de una factura, la ley no olvida que esta calidad deriva de un consumo por parte de aquél,¹⁴ consecuencia última que debe partir de la suscripción de un contrato de servicios públicos. Así las cosas, se entenderá que es usuario, aquella persona que hace uso del servicio ofrecido por las diferentes empresas autorizadas por la ley y que reporta un beneficio para sí, además de estar sujeto al cobro por parte de la entidad prestadora, mediante la expedición de una factura.

2.3.4. El Contrato De Servicios Públicos Domiciliarios. A la luz de la legislación existente, la relación entre usuario y empresa prestadora del servicio tiene su fundamento en la suscripción de un contrato de servicios públicos domiciliarios, lo que permite establecer que para que haya prestación de servicios públicos domiciliarios, debe existir un contrato de esta

¹² Aunque la adjudicación de la administración de justicia al Estado, como tarea exclusivamente a su cargo, responde a una manifestación de la denominada soberanía nacional, lo que acontece en la actualidad no se compadece con este ideal. Un caso es el de la creación de algunos centros de conciliación, que con el fin de resolver conflictos de forma expedita y extrajudicial se han dejado en manos de particulares; estas atribuciones que la ley ha dado a ciertos particulares propende, primordialmente, por el interés de la colectividad.

¹³ Sentencia T – 578 de 1992 de la Corte Constitucional.

¹⁴ La calidad de consumidor se enuncia en la disposición del artículo 14.33 de la Ley 142.

clase que vincule a un suscriptor que puede ser o no usuario, con la empresa.¹⁵

De lo anterior puede deducirse, que el surgimiento de esta relación se encuentra referido a la celebración de un contrato, argumento que corresponde a lo que la teoría del acto jurídico predica, pero que hace necesario ahondar más en la situación particular de cada sujeto contratante.

2.3.5. Papel del usuario en la prestación del servicio

2.3.5.1. La Participación Ciudadana. El usuario, en razón a su calidad de parte en la relación contractual y destinatario del servicio público domiciliario, es quien puede conocer, finalmente, las necesidades suscitadas por la prestación del servicio. Es así, como pese a la naturaleza misma del contrato de servicios públicos,¹⁶ es él quien tiene el deber de intervenir de forma activa en el desarrollo del objeto del contrato, promoviendo a través de la representación organizada, su defensa y evitando de esta manera, que sean cometidas arbitrariedades o fallas en la prestación del servicio. Esta intervención es comúnmente conocida como participación ciudadana, (Carta política artículo 103) y se entiende como una facultad inherente a aquellos individuos que forman parte de un Estado Social y Democrático de Derecho.

2.3.5.2. Los Comités de Desarrollo y Control Social. Para hacer efectiva la intervención de la población, se fomentó el funcionamiento de los Comités de Desarrollo y Control Social en cada municipio o distrito del país, integrados por usuarios y potenciales suscriptores.¹⁷ Estos comités, creados

¹⁵ En cuanto a la existencia del contrato de Servicios Públicos Domiciliarios, preceptúa la Ley 142, en su artículo 129: "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" (subrayado fuera del texto).

¹⁶ Entendido éste como contrato de adhesión, en donde es el usuario quien finalmente debe "adherirse" a ciertas cláusulas ya estipuladas y preestablecidas para la prestación del servicio por parte de la empresa oferente.

¹⁷ El número necesario de miembros de los Comités es el que resulte de dividir la población del respectivo municipio o distrito (según el censo de población vigente) por 10.000; esta cifra nunca puede ser inferior a 50. Los miembros del Comité serán elegidos por un término de 2 años contados a partir del reconocimiento de la elección hecha por el Alcalde, a quien le corresponde velar por su correcta conformación. Además, es deber del Alcalde, apoyar la convocatoria de Asambleas Constitutivas de los Comités, reconocer a los Comités que soliciten su inscripción siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos respectivos y

por iniciativa de los mismos usuarios, funcionan como instrumento de protección de sus derechos y vigilancia de la gestión de las empresas de servicios públicos. Cada Comité debe elegir un Vocal de Control para que ejerza la representación de éste ante las empresas de servicio público y autoridades en sus respectivos territorios.

2.3.5.3. Los Vocales de Control en el Municipio. El Vocal de Control, como miembro y cabeza del Comité de Desarrollo y Control Social tiene a su cargo múltiples funciones y representa una significativa expresión de la participación activa de los ciudadanos en la prestación de servicios.¹⁸ De esta manera, sus funciones son entendidas como las de informar y velar por el cumplimiento de derechos y deberes del usuario en materia de servicios públicos domiciliarios, atendiendo las consultas que sobre el tema se presenten y evaluando así la prestación de estos servicios.

Es indispensable, que aquel ciudadano que sea elegido para estos fines, conozca a fondo y de manera idónea el funcionamiento y forma de prestación de los servicios que tiene a su cargo, de lo contrario, se obstruye el cumplimiento oportuno y eficaz de su deber social de control y vigilancia de la gestión de los mismos.

2.3.5.4. Las Veedurías Ciudadanas. Las veedurías ciudadanas, reglamentadas por la Ley 850 de 2003, constituyen otra forma de participación comunitaria y son entendidas como un mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos y diferentes organizaciones comunitarias ejercer vigilancia sobre la gestión pública respecto a las autoridades,¹⁹ así como de las entidades encargadas de la ejecución de programas, contratos o prestación de servicios públicos. Son las organizaciones civiles las encargadas de su constitución, según las

llevar un registro actualizado de los Comités y Vocales de control adscritos a su municipio. su vez, la Superintendencia de Servicios Públicos también apoyará las tareas desarrolladas por los Comités, orientando, informando y capacitando a los vocales para el cumplimiento de sus funciones y proporcionando el apoyo necesario para promover la participación de la comunidad.

¹⁸ Es elegido por decisión de la mayoría de los miembros del Comité por un período de un año a partir del reconocimiento de su elección. Esta elección podrá impugnarse ante el Personero Municipal cuando se haya presentado alguna irregularidad dentro de los dos meses siguientes a la elección.

¹⁹ Autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control.

disposiciones del artículo 270 de la Constitución nacional y la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana.²⁰

2.3.6. La Intervención del Estado. El constituyente de 1991 asignó al Estado unas finalidades,²¹ con el objeto de proteger de manera especial a todas las personas que conforman la Nación y atender las necesidades que ellas presenten, propendiendo así por la prosperidad general y la efectividad de los derechos que él predica, en cumplimiento de su papel de garante.

Los servicios públicos domiciliarios constituyen un instrumento para alcanzar los fines del Estado. Por esta razón el ente estatal es responsable de ejercer la vigilancia, no sólo de la relación que el usuario entabla con la empresa prestadora, sino también de la prestación misma.

2.3.7 Los Derechos del Empresario en la Prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios. El usuario, entendido como receptor y beneficiario último de la prestación del servicio público domiciliario, cumple un papel importante en la relación emanada del contrato, de cuya celebración surgen para él, múltiples derechos y deberes. La prestación de los servicios de esa naturaleza, exige entonces una contraprestación económica por parte del usuario para con el inversionista, que se manifiesta en el cobro de una tarifa. El hecho de establecer una tarifa responde a la necesidad de abarcar la recuperación del costo generado por la prestación del servicio y de crear un margen de utilidad a favor de la empresa que lo provee²².

²⁰ Ley 134 de 1994, Artículo 100. “De las veedurías Ciudadanas. Las organizaciones civiles podrán constituir veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia a nivel nacional y en todos los niveles territoriales, con el fin de vigilar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios públicos.”

²¹ Artículo 2º de la C.P.: “Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los derechos sociales del Estado y de los particulares”.

²² MEJIA. Palacios Hugo, El derecho de los Servicios Públicos, Derecho Vigente S.A. 1999, p. 144. “El empresario de servicios públicos, para proteger el patrimonio de su empresa, y hacer las utilidades que ésta busca legítimamente, tiene derecho a que los usuarios le cancelen el precio debido, en forma oportuna.”

La Corte ha considerado, en sentencia T-500 de 2003: ***“que el usuario no puede sustraerse del cumplimiento de sus deberes, ni eximirse de las obligaciones de contribuir a la financiación de los gastos del Estado, máxime si como usuario de los servicios señalados, se encuentra en el deber de cancelarlos en la medida en que es beneficiario de los mismos. Sostuvo igualmente que no puede el usuario alegar la vulneración de sus derechos constitucionales si la empresa suspende el servicio, por no cumplir oportunamente con la cancelación de los valores adeudados en las respectivas facturas, agregando que es un acto de negligencia del mismo, el buscar solución a su problema únicamente cuando había sido suspendido y todo ello sin que previo a dicha actuación, hubiese hecho uso de los recursos que le brinda el sistema jurídico como las peticiones, quejas o reclamos, que tuvo la oportunidad de interponer en el periodo inicial, durante el cual se podía haber llegado a un acuerdo.”***

2.3.8 La Finalidad Social del Estado y los Servicios Públicos Domiciliarios.

La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detectan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado en particular, porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo.

La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social.

En cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos, corresponde fijarlo al legislador, según lo dispone el artículo 365 de la Carta, en armonía con lo previsto en el artículo 150-23 ibídem, conforme al cual corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

2.3.9 Régimen Penal de la Defraudación de Fluidos.

La Defraudación de Fluidos, es un delito establecido en el Nuevo Código Penal (ley 599 de Julio 24 de 2000) el cual quedó establecido en el artículo 256 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 256. 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”.

La pena prevista en la presente norma fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en la tercera parte respecto del mínimo y en la mitad respecto del máximo, respetando en todo caso el máximo de la pena privativa de la libertad, sin embargo, tal incremento empezó a regir a partir del 1º de enero de 2005.²³

Es de anotar que la norma anterior no contempló el hurto de gasolina, lo cual tuvo que ser reglamentado por el Decreto 2748 de 2002. A través de este decreto, fue adoptado en el marco del Estado de Conmoción Interior, el robo de hidrocarburos y sus derivados y el encubrimiento de este delito serán conductas duramente castigadas por la justicia.

En materia de servicios públicos domiciliarios, el Artículo 141 de la ley 142 de 1994 inciso tercero establece que, “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”, además, en el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía en el artículo 82 literal e) establece que: **“Los Jefes de policía podrán dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilio o de sitios abiertos al público, en caso de que sea necesario indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de acueducto, energía eléctrica, teléfonos y otros servicios públicos”.**

La Ley 1142 del 28 de junio de 2007, en su artículo 37, que modificó el artículo 240 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), establece en el inciso quinto (5), que: “La pena será de cinco (5) a doce (12) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”.

²³ **ARBOLEDA** Vallejo Mario, Código Penal y de Procedimiento Penal, editorial LEYER, enero de 2005, p. 71.

De lo anterior, se deduce que la penalización de la Defraudación de Fluidos está encaminada a proteger el Patrimonio de las Empresas prestadoras de servicios públicos y las productoras de combustibles, ya que de ello depende que el servicio pueda seguir siendo prestado con los índices de calidad y eficiencia que ordena la ley, istinto a interesarse por el comportamiento de ciertos sectores sociales. En Sentencia T-270 de 2004, se estableció que: **“La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social.”**

2.3.10 Potestad Sancionatoria de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. La potestad Sancionatoria de la cual gozaban las empresas de servicios públicos domiciliarios, estaba soportada en el Decreto 1303 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de suspensiones del servicio eléctrico y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo, decreto que fue expedido con base en las leyes 113 de 1928, 109 de 1936 y 126 de 1938.

Después de entrada en vigencia la Constitución de 1991, se expidió la Ley 143 de 1994, por medio de la cual se estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional. Esta nueva Ley, derogó las disposiciones que le fueran 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, que no tienen relación con el contenido material del Decreto 1303 de 1989.²⁴

Con la derogatoria de las Leyes antes mencionadas, se produjo la pérdida de la fuerza ejecutoria del decreto 1303 de 1989, por que las mencionadas leyes fueron la base por la cual se expidió dicho decreto, y por ende se produjo lo que la doctrina ha llamado **“el Decaimiento del acto administrativo”** toda vez que al desaparecer los presupuestos normativos que le servían de base a su existencia con ocasión de la derogatoria de las

²⁴ Sentencia T-558/06, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D. C., 18 de julio de 2006.

disposiciones legales en que se fundaba el mismo (artículo 66.2 del C.C.A.) y según el Consejo de Estado la figura del decaimiento del acto administrativo es semejante a su extinción, merced a que la pérdida de su fuerza ejecutoria comporta la desaparición de su obligatoriedad.²⁵

De igual manera se pronunció la Comisión de Regulación de Energía y gas cuando puso de presente que: “..En la actualidad, han desaparecido los fundamentos de derecho del Decreto 1303 de 1989, por cuanto las leyes con fundamento en las cuales se expidió dicho acto administrativo fueron expresamente derogadas por la Ley 143 de 1994. Ello implica la pérdida de la fuerza ejecutoria, o el decaimiento o Extinción del decreto 1303 de 1989.”²⁶

Así las cosas en materia de suspensión, corte del servicio y régimen sancionatorio por uso no autorizado o fraudulento, habrá de remitirse a lo previsto por la Ley 142 de 1994 en su artículo 140, esto es a los contratos de condiciones uniformes, así como a las resoluciones expedidas por la CREG, en especial a la Resolución 108 de 1997 la cual señaló dentro del contenido mínimo del contrato de servicios públicos (artículos 14 y 15) los eventos en que el incumplimiento de lugar a la suspensión o resolución del contrato.

Por lo anterior si una empresa adelanta una investigación a un usuario por desviaciones significativas y al final de ésta encuentra que el usuario ha manipulado el equipo de medida o que mediante conexiones fraudulentas evitó el cobro del consumo, la entidad de conformidad con el artículo 55 literal b) de la resolución CREG 108 de 1997, podrá suspender el servicio por fraude a las conexiones, acometidas, medidores o redes, y podrá proceder al corte en el caso de acometidas fraudulentas según el artículo 56 de la norma en mención.

El artículo 54 de la resolución 108 de la CREG estipula las sanciones pecuniarias que puede imponer la empresa, las cuales deberán estar contenidas en el contrato de condiciones uniformes de forma clara y concreta, allí deberá especificarse qué conductas del usuario se consideran como incumplimiento de éste y dan lugar a la imposición de sanciones, 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

²⁵ Concepto SSPD 20011300000338, Servicios Públicos, Actualidad Jurídica – tomo IV, edición 2001.

²⁶ Concepto MMECREG-1721 de 14 de septiembre de 1998.

usuario a la defensa, y con sujeción a lo que los Códigos Civil y de Comercio y la Ley 142 de 1997, en su artículo 133, prevén en relación con la carga de la prueba.²⁷

2.3.10.1 Posición de la Honorable Corte Constitucional. La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha establecido la ilegalidad de las sanciones por uso fraudulento de los servicios públicos domiciliarios por falta de norma expresa, bajo la consideración de lo dispuesto en la sentencia T-558 de 2006 Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Si bien las Salas de revisión se han ocupado de diversos supuestos de procedencia de la acción de tutela contra las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sólo en fecha reciente se abordó expresamente lo relacionado con la potestad sancionatoria respecto de los usuarios.

En efecto, a pesar que anteriores pronunciamientos se han detenido en los procedimientos adelantados por las empresas prestadoras cuando imponen sanciones de carácter pecuniario a los usuarios, en ninguna de estas sentencias las Salas de revisión se detuvieron sobre el punto de partida de tales actuaciones: el origen de la potestad sancionatoria de las empresas prestadoras.

Así, por ejemplo, en una de las primeras decisiones que aborda los conflictos usuario-empresa prestadora, la sentencia T-457 de 1994, la Sala Primera de Revisión examinó un procedimiento sancionatorio adelantado por una empresa de servicios públicos domiciliarios y concedió el amparo transitorio por existir otro medio de defensa judicial frente a las actuaciones de la entidad prestadora, empero, no abordó de manera expresa la naturaleza y el alcance de la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Posteriormente en la T-1204 de 2001 la Sala Novena de de Revisión se pronunció sobre los diversos procedimientos sancionatorios adelantados por una empresa prestadora y sostuvo que las actuaciones examinadas en esa

²⁷ Concepto SSPD 20011300000338, Servicios Públicos, Actualidad Jurídica – tomo IV, edición 2001 p. 200.

oportunidad vulneraban el derecho fundamental al debido proceso, sin embargo, no se detuvo en la cuestión previa de si las empresas de servicios públicos domiciliarios eran competentes para adelantar los procedimientos cuestionados²⁸.

Algo similar ocurre en la sentencia T-270 de 2004²⁹ en la cual se hace un pormenorizado recuento de las líneas jurisprudenciales en torno a la procedencia de la acción de tutela en contra de las empresas de servicios públicos domiciliarios y se aborda el alcance del derecho fundamental al debido proceso en los procedimientos seguidos por este tipo de empresas, más no se estudia de manera concreta la naturaleza de la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios³⁰.

²⁸ En efecto en esta sentencia la sala Novena de revisión delimita los problemas jurídicos que se abordaran en la sentencia de la siguiente manera:

“Como bien puede deducirse de la lectura de los fallos materia de revisión, los jueces constitucionales de tutela expusieron diversos y variados argumentos para sustentar sus decisiones, bien para conceder la tutela ora para negarla, frente a lo que constituye, sin duda, un complejo tema que con referencia a la acción de tutela, puede circunscribirse de manera general a determinar lo siguiente:

a) Si la acción de tutela es procedente o no como mecanismo para proteger los derechos fundamentales que los accionantes estiman quebrantados, o éstos cuentan con otro medio de defensa judicial al cual deben acudir dada la naturaleza subsidiaria y residual del amparo.
b) Independientemente de si la acción de tutela resulta procedente o no, analizar si el procedimiento adoptado por la empresa comercializadora y distribuidora de Energía “Codensa S. A.”, para adelantar actuaciones administrativas contra los usuarios, suscriptores o clientes, por el hallazgo de “anomalías” o irregularidades en los medidores que permiten la prestación del servicio público de energía, respeta las garantías y principios que informan el derecho fundamental al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política”.

²⁹ Si bien en esta decisión se hace un pormenorizado recuento temático de los hechos examinados, estos se resumen de la siguiente manera en la misma decisión:

Todos los expedientes acumulados tienen como origen las controversias entre los usuarios, suscriptores o clientes del servicio público domiciliario de energía que presta ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., motivadas por el cobro de sumas de dinero por concepto del presunto incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, al haberse establecido por parte de esa entidad irregularidades en las instalaciones eléctricas y equipos de medición de algunos de los inmuebles de los actores, actuaciones en las cuales afirman se les vulneró su derecho de defensa.

³⁰ Sobre este extremo la sentencia en cuestión se limita a afirmar cuando se pronuncia sobre la relación entre las empresas prestadoras y los usuarios: “Esta relación jurídica de naturaleza especial es la que le permite a la empresa vincular jurídicamente al usuario o suscriptor mediante decisiones unilaterales, entre las que se cuentan la facturación, la conexión, la suspensión, el corte, la reconexión y la imposición de sanciones, por causa y con ocasión de la prestación del servicio”.

Igualmente la sentencia T-455 de 2005 también se ocupa del derecho al debido proceso administrativo en la imposición de sanciones por las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin embargo tampoco hay un análisis sobre el origen o la naturaleza de la potestad sancionatoria de este tipo de empresas.

Podría argumentarse, que los anteriores pronunciamientos se ocuparon de manera expresa del tema, en la medida en que todos ellos se refirieron al alcance del derecho al debido proceso administrativo en las actuaciones adelantadas por estas empresas para imponer sanciones a los usuarios, y la potestad sancionatoria sería un presupuesto previo para el ejercicio de tales atribuciones. Empero tal razonamiento significaría reconocer la existencia de *precedentes implícitos* en la jurisprudencia constitucional e impediría que las Salas de Revisión en un futuro examinaran materias que no han sido objeto expreso de estudio por esta Corporación.

En esa medida, la primera decisión que abordó extensa y expresamente lo relacionado con la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios fue la sentencia T-720 de 2005 proferida por esta Sala de Revisión. Sobre este extremo se sostuvo en la referida decisión: “***..en la presente decisión debe tratarse el problema de la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios por dos razones: En primer lugar para determinar la procedencia de la acción de tutela y en segundo lugar porque uno de los peticionarios alega la violación del derecho al debido proceso porque este tipo de empresas carecen de competencia para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios: pero en la materia que nos ocupa, corresponde al legislador establecer si atribuye el ejercicio de tales potestades a sujetos de distinta naturaleza que desarrollen actividades de servicios públicos domiciliarios***”.

Al respecto cabe destacar que la Ley 142 de 1994 confirió distintas prerrogativas públicas a las empresas de servicios públicos domiciliarios, algunas de las cuales se predicen exclusivamente de las empresas de carácter público³¹ mientras que otras se aplican indistintamente a los prestadores públicos y privados, como son por ejemplo la negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación. Paralelamente las

³¹ Como por ejemplo el ejercicio de la jurisdicción coactiva para el cobro de las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, potestad reservada por el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 a las empresas industriales y comerciales del estado prestadoras de servicios públicos.

decisiones que adopten las empresas prestadoras en estas materias tiene el carácter de actos administrativos de conformidad con el artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, en lo que respecta a la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, cabe señalar que dicha prerrogativa carece de asidero expreso en la Ley 142 de 1994. En efecto, si bien el artículo 140 de la citada ley establece que es causal de suspensión del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, el fraude a las acometidas, medidores o líneas, y el artículo 142 contempla que para restablecer el servicio suspendido el usuario debe satisfacer las demás sanciones previstas; de los anteriores preceptos no se desprende la prerrogativa sancionatoria de las mencionadas empresas, como tampoco del artículo 145 del mencionado cuerpo normativo el cual se limita a autorizar tanto a la empresa como al suscriptor o usuario a verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren.

Se podría argumentar que de una interpretación sistemática de los anteriores preceptos se deriva tal potestad sancionatoria, pues si el artículo 140 autoriza a las empresas a suspender el servicios en caso de fraude de los usuarios y el artículo 142 supedita el restablecimiento del servicio suspendido al pago de las sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato. Implícitamente las empresas prestadoras cuentan con la prerrogativa de imponer multas a los usuarios, siempre y cuando tales sanciones estén previstas en el contrato de condiciones uniformes. No obstante, esta Sala considera que una prerrogativa de esta naturaleza, máxime cuando es ejercida por particulares, debe ser expresa, al igual que las restantes establecidas por la Ley 142 de 1994 y no puede derivarse implícitamente de las restantes prerrogativas legales.

Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedido disposiciones de carácter reglamentario que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Se trata específicamente de la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión reguladora de Energía y Gas, la cual en su artículo 54 consigna que el contrato de prestaciones uniformes deberá contemplar las conductas del usuario que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias³². No obstante se trata de una norma de carácter reglamentario

³² La disposición en comento prevé: **Artículo 54º. Sanciones pecuniarias.** En el contrato de condiciones uniformes se deberá establecer en forma clara y concreta, qué conductas del

que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia. En todo caso, cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, este tipo de organismo sólo cuenta con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley.

Del anterior análisis se desprende, por lo tanto, que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios carecen de la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Esa misma razón permite desglosar que las decisiones por medio de las cuales se adoptan decisiones de esta naturaleza no constituyen actos administrativos, sino meras vías de hecho, las cuales son impugnables por medio de la acción de tutela, máxime cuando estén en juego los derechos fundamentales de los usuarios.

Sobra añadir que las anteriores reflexiones no tiene incidencia alguna sobre las restantes prerrogativas públicas de las empresas prestadoras, tales como verificar el estado de las instalaciones, las acometidas y los medidores e incluso retirar temporalmente los instrumentos de medida del consumo para verificar su estado, y suspender la prestación del servicio. Sin embargo, tales prerrogativas deben ejercerse respetando las reglas del debido proceso y también pueden ser examinadas en sede de tutela cuando tenga lugar el ejercicio arbitrario del poder por parte de las empresas prestadoras que ocasione una indefensión de trascendencia constitucional, tal como señala la sentencia T-270 de 2004.”

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 lo 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

Por lo anterior fue que la Corte Constitucional sostuvo, que de una interpretación sistemática del artículo 210 de la Carta Política y de las disposiciones constitucionales que regulan los servicios públicos domiciliarios, se infería que la atribución a las entidades prestadoras de potestad sancionatoria respecto de los usuarios tenía reserva de ley y que el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios actualmente vigente no confería tal potestad a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, en una decisión de fecha posterior, la sentencia T-224 de 2006 la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional examinó lo relacionado con la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios y concluyó que el artículo 142 de la Ley 142 de 1994 era el fundamento de tal potestad en una postura interpretativa contraria a la sostenida en la sentencia T-720 de 2005.

No obstante, consideró la sala de revisión que la anterior decisión no constituía un precedente vinculante en la medida que en la sentencia T-224 de 2006 se delimita el problema jurídico objeto de estudio de la siguiente manera: "En ese orden, corresponde entonces a la Sala de Revisión establecer, si en el asunto sub judice "Electricaribe S.A. E.S.P." al efectuar los actos de integración dentro de la actuación administrativa sancionatoria adelantada, lo hizo en debida forma o si por el contrario se presentaron falencias que privaran del derecho de defensa al usuario Jorge Luís Martínez". Por tal razón el examen sobre el fundamento de la potestad sancionatoria consignado en esta última sentencia no constituye la ratio decidendi de la decisión adoptada, puesto que como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación el alcance del problema jurídico examinado es un elemento que permite identificar la ratio decidendi de una decisión previa³³, al igual que el precedente aplicable en la materia.

³³ Sentencia T-292 de 2006. En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para "completar la ley", o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y pernicioso posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado, el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas. En efecto, "completar" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan", y ello implica que "regular" ha sido erróneamente asimilado a "legislar", en tanto ha sido entendida como la

Entonces, al haberse planteado en la sentencia T-224 de 2006 como problema jurídico a resolver el derecho de defensa de los usuarios frente al procedimiento sancionador adelantado por una empresa de servicios públicos domiciliarios, dicho planteamiento delimita el alcance de la decisión y del precedente sentado en ese caso concreto.

2.3.10.2 Reserva Legal de la Potestad Sancionatoria. La Corte Constitucional, preciso en la sentencia T-720 de 2005 que la atribución de la potestad sancionatoria a las empresas de servicios públicos domiciliarios tiene reserva legal. En efecto, además del artículo 210 constitucional esta exigencia también se deriva del artículo 369 de la Carta Política, precepto que prevé que corresponde a la ley determinar “los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio”. La potestad sancionatoria de las empresas prestadoras, guarda directa relación con los derechos y los deberes de los usuarios y este es un argumento adicional para sostener la reserva legal en la materia.

Sobre este tema se ha pronunciado en reiteradas oportunidades esta Corporación, así en la sentencia C-150 de 2003 sostuvo:

Primero, la regulación de los servicios públicos le corresponde "al Estado", no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo en lo que respecta a la fijación de su régimen básico, competencia atribuida al Congreso de la República (art. 150-23 de la C.P.).

Segundo, la distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en estas materias no sigue la técnica de las leyes marco, usual cuando se trata de regular sectores económicos como por ejemplo el financiero, el bursátil o el de comercio exterior (art. 150 núm. 19 de la C.P.). Por eso, el principio de reserva de ley exige que el legislador no se limite a definir un marco general. Como el régimen de los servicios públicos es fijado por una ley ordinaria, el legislador puede ocuparse de aspectos puntuales y específicos respecto de la regulación de los servicios públicos. Así, el principio de reserva de ley en esta materia impide que el legislador delegue implícitamente en los órganos

función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga "con sujeción a la ley", no "para completar

de regulación competencias que el constituyente le atribuyó al Congreso de la República, cuestión a la que se aludirá posteriormente (art. 150, núm. 23; art. 76, inc. primero; art. 365 inc. segundo; y art. 367 de la C.P.).

Tercero, dado que el constituyente no estableció la técnica de las leyes marco en esta materia, el legislador dispone de un mayor margen de configuración para determinar las estructuras responsables de hacer cumplir las políticas por él trazadas (art. de la 367 C.P.). En el mismo sentido, se subraya que el constituyente se abstuvo de crear un órgano de regulación de los servicios públicos, como sí lo hizo en materia de televisión (arts. 76 y 77 de la C.P.) o en materia monetaria, cambiaria y crediticia (art. 371 de la C.P.), aunque precisó que las funciones de inspección y vigilancia serían ejercidas por medio de una superintendencia especial (art. 370 de la C.P.).

Cuarto, a este mayor margen de configuración del legislador corresponden unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho (Arts. 1º, 334, 366 y 367 de la C.P.) y la democracia participativa (Arts. 1º, 13, 2º, 40, 78 y 369 de la C.P.). Tales límites sustantivos no se concretan exclusivamente en criterios de orden material, como los de solidaridad, eficiencia o redistribución, sino que trascienden bajo la forma de procedimientos decisorios específicos a los órganos competentes de regular tales servicios, de conformidad con la ley.

Quinto, a pesar de estas características, la regulación de los servicios públicos tiene fines sociales semejantes a los de la intervención estatal en la dirección de la economía, como por ejemplo, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios básicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado (Art. 365, inc. primero de la C.P.). Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención.

Más adelante en la misma decisión se afirma: “La definición de los poderes públicos contenida en la Carta proporciona los parámetros que rigen la asignación de competencias en materia de servicios públicos. Así pues, "... a competencia para la 'regulación' de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados

de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (Arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.)" (Sentencia C-263 de 1996). La determinación del ámbito de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en materia de los servicios públicos, también se encuentra reservada al legislador (Sentencia C-389 de 2002).

De tal manera que la Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios".

Por otra parte la posición de especial preeminencia de las empresas prestadoras respecto de los usuarios, y la estrecha relación de los servicios públicos domiciliarios con principios fundantes del Estado social de derecho y derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, justifican la reserva legal.

De manera tal que la reserva legal de la atribución de la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios emanada de diversos preceptos constitucionales como son los artículos 210, 369, pero también se deriva de la naturaleza de los servicios públicos domiciliarios y los principios, valores y derechos fundamentales que están comprometidos en su prestación.

El Decreto 1303 de 1989, que legitimaba la facultad sancionatoria de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, es un reglamento que no sólo es infralegal sino que adicionalmente es preconstitucional porque fue expedido con anterioridad a la Constitución Política de 1991, cuando no

estaba contemplada la posibilidad de la libre entrada de los particulares en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios respaldaban su facultad sancionatoria, específicamente en el fallo de la Sección Primera de ocho (8) de septiembre de 2005³⁴. Sin embargo, al margen de la discusión sobre la vigencia de la norma reglamentaria una vez derogadas las leyes que sirvieron de fundamento a su expedición, tal como se sostuvo en la sentencia T-720 de 2005, y se reitera que la potestad sancionatoria sobre los usuarios exige su regulación legal, por lo tanto no puede tener fundamento en normas de carácter reglamentario.

La potestad de sancionar a los usuarios, tiene el carácter de una función administrativa que requiere expresa autorización legal no sólo por razones formales sino también por motivos sustanciales relacionados con la naturaleza de los servicios públicos domiciliarios y en el ordenamiento jurídico actualmente vigente no existen disposiciones legales de las cuales pueda derivarse tal potestad sancionatoria, por lo tanto no puede inferirse de una disposición de carácter reglamentario y preconstitucional, como lo es el Decreto 1303 de 1989.

De otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia T 558 de 2006 manifiesta que: *“De tal manera que la Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios”*.

Por otra parte la posición de especial preeminencia de las empresas prestadoras respecto de los usuarios, y la estrecha relación de los servicios públicos domiciliarios con principios fundantes del Estado social de derecho y derechos fundamentales tales como la dignidad humana, las cuales ha sido puesta de relieve en numerosas decisiones de esta Corporación, justifican adicionalmente tal reserva legal.

³⁴ Sentencia de la Sección Primera de 8 de septiembre de 2005 del Consejo de Estado.

Los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia óptimo, que permita dar respuesta a las necesidades sociales imperantes de justicia material y de condiciones reales de igualdad. Dicho nivel de eficiencia se concreta en la “continuidad, regularidad y calidad del mismo” frente a lo cual su prestación “no puede tolerar interrupciones” y mucho menos cuando la interrupción se acomete con el objeto de “hacer prevalecer el interés económico del particular o entidad pública prestataria del servicio frente a los intereses públicos sociales que representa el Estado.”

Según ELECTRICARIBE S.A. ESP el Decreto 1303 de 1989 la faculta a expedir actos administrativos, tales como la Decisión Empresarial No.1511705, mediante los cuales puede imponer sanciones pecuniarias a los usuarios de servicios públicos domiciliarios. Tales actos administrativos pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual la acción de tutela es improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial. No obstante, de conformidad con los argumentos expuestos por esta Sala de revisión en la sentencia T-720 de 2005 y en la presente decisión, la potestad de sancionar a los usuarios tiene el carácter de una función administrativa que requiere expresa autorización legal no sólo por razones formales sino también por motivos sustanciales relacionados con la naturaleza de los servicios públicos domiciliarios y en el ordenamiento jurídico actualmente vigente no existen disposiciones legales de las cuales pueda derivarse tal potestad sancionatoria, por lo tanto no puede inferirse de una disposición de carácter reglamentario y preconstitucional, como lo es el Decreto 1303 de 1989.

Es por lo anterior, que las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios que imponen sanciones pecuniarias a los usuarios pueden constituirse en actuaciones susceptibles de ser impugnadas por medio de la acción de tutela en la medida que infrinjan el ordenamiento constitucional y adicionalmente vulneren los derechos fundamentales de los usuarios y comprometan principios y valores fundantes del Estado Social de Derecho colombiano.

2.3.10.3 Posición Del Honorable Consejo De Estado. En las sentencia de la Sección Primera de 8 de septiembre de 2005 sostuvo esta Corporación que: “El decreto 1303 de 1989 es una norma especial que, como tal, es de preferente aplicación frente a la Ley 142 de 1994 que, si bien estableció el régimen de servicios públicos domiciliarios y en forma general reguló lo relativo a los contratos de servicios públicos, no se refirió íntegramente a todos los aspectos relativos a esta prestación quedando vigentes, por lo

tanto, las disposiciones de carácter especial y aquellas que no fueren contradictorias con sus mandatos”.

Al efecto, dijo la Sala: “Así lo señaló en forma expresa el artículo 186 de esta ley cuando indicó: *artículo 186. Concordancias y Derogaciones*. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.

De conformidad con lo anterior, las normas de la Ley 142 de 1994 son complementarias de las contenidas en el decreto 1303 de 1989 que, en cuanto no sean contrarias, mantienen su vigencia y deben interpretarse sistemáticamente como un todo, por cuanto no existe contradicción entre las prescripciones de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones del Decreto 1303 de 1989 aplicadas al caso concreto, las cuales contemplan situaciones que no fueron cobijadas por la primera y mantiene, por lo tanto, su vigencia y eficacia.

De tal manera que no es acertado el argumento de la entidad demandada en cuanto consideró que como en virtud de la expedición de las leyes 142 y 143 de 1994 se derogaron las leyes que le sirvieron de sustento al Decreto acusado éste perdió su fuerza ejecutoria.

2.3.10.4. Posición de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En respuesta a la solicitud de concepto formulada por el señor JAIR MARTINEZ H, Director Ejecutivo de la Fundación para la Protección del Recurso Energético en Colombia, en relación con la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la vigencia del Decreto 1303 de 1989, respondió la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el concepto-SSPD-OJ-2006-164 así: “La potestad sancionatoria de las empresas con relación al tema, es necesario reiterar, que la jurisprudencia que expide la Corte Constitucional es tan sólo obligatoria en cuanto se refiere a la “ratio decidendi” de la sentencia, esto es, aquella parte que efectivamente tiene que ver con la decisión de

constitucionalidad tomada, en los demás aspectos denominados “orbiter dictum” resultan no ser obligatorios en tanto se trata de criterios de interpretación que le sirven a los jueces y funcionarios en la toma de sus decisiones. Igualmente, hay que tener en cuenta que los efectos de las sentencias de tutela son inter partes y no erga omnes y en consecuencia sólo es vinculante el fallo para las partes.

De acuerdo con lo anterior, reitera esta Oficina lo expuesto en el concepto 2006-006 en el sentido de afirmar que: “la Sentencia T-720 de 2005 de manera alguna derogó las potestades sancionatorias de las empresas de conformidad con lo previsto en los contratos de condiciones uniformes, en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, las cuales han de ser desarrolladas con observancia del debido proceso.”

La posición de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se encuentra fundamentada en la providencia del Consejo de Estado, de fecha 8 de septiembre de 2005 en la que concluyó, que el Decreto 1303 de 1989 no, perdió vigencia con la expedición de las leyes 142 y 134 de 1994, sino que es norma complementaria de estas.

Cabe señalar que esta Corporación, en sentencia de (Expediente 6075, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), precisó lo siguiente en relación con el alcance del principio del non bis in ídem: “En relación el artículo 29, inciso 1º, de la Carta Política consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4º, señala que quien sea sindicado, tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

“Ahora, tal prohibición no implica que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no solo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal). Es decir, que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza...”.

“En este caso, resulta claro que las conductas consistentes en el uso no autorizado o fraudulento del servicio eléctrico, constituyen faltas administrativas que, por lo mismo pueden ser reprendidas con sanciones de la misma naturaleza; y es irrelevante que esas mismas conductas también se encuentren tipificadas como delito en el ordenamiento penal, ya que las

sanciones que como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo se imponen, no son de naturaleza administrativa sino judicial penal. De ahí que el argumento del actor relativo a la creación de un régimen especial, adicional al del campo penal, no sea de recibo”.

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

“Según el artículo 1o, ibídem, por entidad debe entenderse "Persona natural o jurídica, pública o privada, responsable de la prestación del servicio de energía eléctrica, legalmente autorizada para ello”.

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

“De acuerdo con lo anterior, no es procedente obligar a las empresas prestadoras de servicios públicos a dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia T-720 de 2005 y a reintegrar dineros, con fundamento en ella, en razón de que dicho fallo sólo es obligatorio para las partes.”

En conclusión, para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las empresas que ella vigila, pueden ejercer la potestad sancionatoria con la única condición que debe hacerlo con respeto del debido proceso.

Posteriormente el mismo organismo, expidió el CONCEPTO SSPD-OJ-2006-167, por solicitud del señor LUIS ALFONSO RAMIREZ, Presidente de la Asociación de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios "ASUSERPUDOSCOL" quien solicitó a esta entidad, expedir una directriz para las empresas de servicios públicos domiciliarios, del orden privado y público, dada en la sentencia C-720 de 2005, en relación con la carencia de facultades de las empresas de servicios público, la Superintendencia ratifica su posición planteada en el concepto-SSPD-OJ-2006-164. y agregó que "Por otro lado, conviene aclarar que la Sentencia T-720, no consideró la posibilidad de que las empresas de servicios públicos omitan la aplicación del procedimiento para investigar las causales de incumplimiento del contrato de servicios públicos, pues obsérvese que dentro del análisis de las consideraciones que realiza la Corte, en el numeral 3º y particularmente en el acápite denominado "El análisis de los casos concretos", revisa minuciosamente cada una de las piezas de los expedientes para establecer si se respetó el debido proceso. Así las cosas, resulta contradictorio a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, pretender imponer cualquier sanción a los usuarios sin que medie un debido proceso administrativo.

Por lo anterior, ratificamos la posición sostenida por esta Superintendencia, en relación con la Sentencia C-720 de 2005 y en particular sobre la potestad sancionatoria de las empresas de servicios públicos". Posteriormente este organismo, cambió su posición frente al tema de la potestad sancionatoria de las empresas, mediante el concepto SSPD-OJ-2007-150 expedido por LUZ STELLA BERNAL ACERO, Jefe Oficina Asesora Jurídica, dando respuesta a la solicitud de concepto por parte de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Facatativa- E.A.A.F. E.S.P, y dijo: "Como primera medida, nos permitimos remitir copia del memorando No. 20071300011223, por medio de la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios acoge las tesis jurídicas planteadas en los fallos de la Corte Constitucional en el sentido de que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no tienen competencia para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios". Lo anterior lo fundamenta en aceptar que el Decreto 1303 de 1989 expedido por el Presidente de la República, no tiene entidad normativa autónoma, por lo tanto, una vez derogadas las disposiciones que sirvieron de fundamento a su expedición es claro que pierde fuerza ejecutoria, tal como lo ha venido sustentando la Corte Constitucional.

Luego la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Memorando No 20071300011223 del 12 de febrero de 2007, manifiesta que: "...la SSPD acoge la tesis jurídica según la cual las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no tienen legalmente competencia para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios conforme a las citadas sentencias de la

Corte Constitucional y lo señalado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y que de conformidad con lo anterior, en cada caso particular se deberá hacer el respectivo análisis a efectos de adoptar la decisión que corresponda para proteger los derechos de los usuarios. La razón de fondo de las sentencias de la Corte Constitucional consistía en que dicha facultad debía estar expresamente contemplada en la ley, es decir que tenía “reserva de ley” y no encontraba dicho sustento legal”.

Con posterioridad al anterior memorando, el 25 de julio de 2007, entro en vigencia la ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo) en la sección titulada “Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico” incluyo el artículo 105, que contiene el siguiente texto: *artículo 105 Ley 1151 de 2007: sanciones y procedimientos en servicios públicos.* Las empresas deberán establecer condiciones uniformes del contrato, las sanciones pecuniarias que impondrán a los usuarios o suscriptores por el incumplimiento de las obligaciones que el contrato de prestación de servicios impone, de conformidad con la ley. Así mismo, en el contrato la empresa determinará la manera de establecer la cuantía de las sanciones y el procedimiento para su imposición. En todo caso la actuación deberá adelantarse con las garantías propias del debido proceso.

Luego la SSPD, envía el memorando No 20071300093363 de octubre 26 de 2007, a las Superintendencias Delegadas y Territoriales, mediante el cuál les informa que: “ Sobre le artículo 105 de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo) es preciso señalar, en primer lugar, que por su ubicación en la ley sólo es aplicable a las empresas del sector de agua potable y saneamiento básico”.

En segundo lugar, actualmente, dicho articulo es inaplicable, pues, si bien contempla la posibilidad de que las empresas prestadoras incluyan en sus contratos de condiciones uniformes la facultad de imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios o suscriptores, en dicho artículo no fueron establecidos aspectos esenciales para el ejercicio de dicha facultad como (i) el límite del monto de dichas sanciones, (ii) criterios inteligibles y claros en relación con su razonabilidad y proporcionalidad, y (iii) los estándares mínimos del debido proceso que debe cumplir el procedimiento para su imposición. Tales aspectos tampoco están regulados en otras normas con rango de ley.

Para que una persona pueda ser sancionada pecuniariamente por una empresa prestadora, deben estar contemplados en la ley dichos aspectos en

orden a respetar la Constitución, específicamente, las garantías mínimas del debido proceso y el principio de “reserva de ley” particular de los servicios públicos domiciliarios”.³⁵

2.3.10.5 Según La Doctrina. La posición del Consejo de Estado ha sido ratificada por algunos doctrinantes entre ellos el Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, al referirse al derecho de las empresas de servicios públicos domiciliarios de imponer sanciones y de hacer exigibles penas pecuniarias a sus usuarios, en los siguientes términos: “Al expedir la Ley 142, el legislador consideró indispensable proteger de manera especial ciertos elementos esenciales para la prestación y la facturación de los servicios públicos domiciliarios”.

En efecto, en el artículo 140 se previó la suspensión del servicio, entre otras causas por *“fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas”*, mientras que en el 141 se estableció la consecuencia más severa, el corte del servicio, para eventos de *“acometidas fraudulentas”*.

No se trata de un simple capricho del legislador. En particular en el caso del servicio de energía eléctrica, evidentes y bien conocidas razones de orden técnico y financiero, asociadas directamente a la garantía de la prestación del servicio -en las condiciones de eficiencia, calidad, continuidad y equidad exigidas por la ley-,³⁶ justifican suficientemente la severidad de esos mandatos legales y justifican, igualmente, la inclusión de las correspondientes estipulaciones contractuales en los contratos de condiciones uniformes.

Como ya es conocido los casos de “fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas” o las “acometidas fraudulentas”, además de generarles a las empresas que prestan los servicios unas pérdidas sumamente elevadas, terminan causando severos daños a la infraestructura y, en no pocos casos, daños a los propios usuarios o infractores quienes manipulan inadecuada y peligrosamente las redes de distribución.

En ese mismo contexto, el mismo legislador les reconoció a las empresas de servicios públicos domiciliarios el derecho de imponer sanciones y hacer

³⁵ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Memorando No 20071300093363, de octubre 26 de 2007.

³⁶ Artículo 6º de la Ley 143 de 1994.

exigibles penas pecuniarias a los usuarios que incurran en una cualquiera de las conductas anotadas.

Así lo señaló recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2006: “En ese orden, corresponde entonces a la Sala de Revisión establecer, si en el asunto sub judice “Electricaribe S.A. E.S.P.” al efectuar los actos de integración dentro de la actuación administrativa sancionatoria adelantada, lo hizo en debida forma o si por el contrario se presentaron falencias que privaran del derecho de defensa al usuario Jorge Luís Martínez.

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala deberá abordar previamente los siguientes temas: (i) la facultad sancionadora de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y (ii) el debido proceso administrativo al interior de las actuaciones que estas empresas adelantan contra sus usuarios.

El tratadista sostiene que la potestad sancionatoria viene desde el Decreto 1303 de 1989³⁷ hasta la ley 142 de 1994 en su artículo 142, a las empresas de servicios públicos domiciliarios se les ha reconocido una facultad sancionadora. Así, en materia de recuperación de energía frente a las anomalías o irregularidades que se presenten en los equipos medidores o en las instalaciones, las empresas pueden hacer efectivo el cobro del consumo real del servicio eléctrico como imponer sanciones pecuniarias derivadas de dicha situación fraudulenta, siempre con respeto del debido proceso.

“Ciertamente, el artículo 142 de la Ley 142 de 1994, confiere a las empresas que prestan servicios públicos la potestad de definir e incluir en las condiciones uniformes de los contratos, las sanciones pecuniarias, es decir, las multas, que son aplicables en razón del incumplimiento del contrato imputable al usuario. Dice la norma: ‘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’.

“Igualmente, la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, en el artículo 54³⁸ de la Resolución N° 108 de 1997, consagró la aplicación de

³⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de julio 8 de 2001. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

³⁸ Resolución N° 108 de 1997 “Por la cual se señalan criterios sobre la protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, y se

sanciones por parte de las empresas prestadoras del servicio de electricidad, similares a las contenidas en los artículos 20 y 22 del Decreto 1303 de 1989 y 142 y 152 de la Ley 142 de 1994 mencionados”.

Es por todo lo anterior que el tratadista afirma que con el respaldo de la anterior normatividad, es que las empresas de servicios públicos están facultadas para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, en relación con hechos constitutivos de incumplimiento contractual, por parte de estos y por hechos que afecten gravemente la prestación del servicio y la ejecución del contrato. No sobra recalcar que esta facultad sancionadora está limitada por la garantía del debido proceso contenida en el artículo 29 de la Constitución Política³⁹.

2.3.11 Las pérdidas no técnicas y sus efectos sobre la prestación del servicio público. El fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas o las acometidas fraudulentas son la principal causa de las denominadas pérdidas no técnicas, las cuales, por sus efectos sobre la prestación del servicio, siempre han ocupado un lugar especial en la regulación vigente en materia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En efecto, se explicaba el estudio que las pérdidas no técnicas como aquellas que no pueden medirse como tal y deben entonces calcularse como el total de las pérdidas menos las pérdidas técnicas, se pueden descomponer en cinco grupos, cada uno de los cuales tiene un mecanismo particular para ser atacado. Estos son:

- Conexiones ilegales, es decir, aquellas conexiones que no fueron autorizadas por la empresa de servicios públicos. Según el estudio, las conexiones ilegales pueden explicar hasta una cuarta parte de las pérdidas no técnicas.
- Fraudes, que se originan al manipular, alterar o pasar por encima de la lectura del medidor, de tal forma que, aunque se trata de un cliente

dictan otras disposiciones”. Art. 54: “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”.

³⁹ Sentencia T-270 de 2004: “Debe recordarse que el ejercicio de la autoridad que ostentan las empresas de servicios públicos se ajusta a la Carta Política dependiendo de la proporcionalidad y racionalidad de las medidas y decisiones que adopten éstas frente a los usuarios y usuarias y, sobre todo, del estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso (Art. 29 C.P.)”.

formal, éste no paga por todo el servicio utilizado, los fraudes puede explicar hasta una tercera parte de las pérdidas no técnicas.

- Pérdidas administrativas, ocasionadas por problemas de medición y facturación de la propia empresa, estas pérdidas son apenas una cuarta parte de las pérdidas no técnicas, mientras que en otros países es la principal causa de estas pérdidas.
- Pérdidas generadas en zonas con problemas de orden público, donde la empresa no puede llevar a cabo una gestión adecuada. Se estima que ocasionan una novena parte de las pérdidas no técnicas.
- Pérdidas generadas por problemas de medición. Según el estudio, pueden ocasionar una doceava parte de las pérdidas no técnicas.

Así, de conformidad con el estudio las conexiones ilegales y el fraude explican más del 50% de las pérdidas no técnicas de una empresa, por lo cual es indispensable que la empresa disponga de instrumentos adecuados para combatirlos.

La regulación de los diferentes servicios públicos domiciliarios reconoce dentro de la tarifa un porcentaje para cubrir las pérdidas técnicas. Además, debido a los altos índices de pérdidas no técnicas existentes en Colombia, viene reconociendo un porcentaje adicional aunque insuficiente para cubrirlas.

La diferencia entre las pérdidas reconocidas en la tarifa y las pérdidas reales de un sistema, va directamente contra la cuenta de resultados de una empresa. Por ejemplo, las empresas distribuidoras de energía deben pagar por toda la energía que ingresa a su sistema, pero solo puede cobrarle al usuario la energía efectivamente medida, afectada por el porcentaje de pérdidas reconocidas.

2.3.11.1 Las Pérdidas no Técnicas en la Distribución de Energía Eléctrica. En términos generales, se denomina “pérdidas de energía” a la diferencia entre la energía que ingresa a un sistema (comprada o disponible) para ser distribuida y la energía que egresa del sistema (vendida o entregada al cliente).

Dependiendo del origen de las pérdidas, éstas se clasifican en técnicas y no técnicas. Las pérdidas técnicas se relacionan con aspectos tales como el calor generado en los conductores, transformadores y equipo eléctrico y

dependen de la ingeniería, planeación, diseño, construcción y operación del sistema eléctrico. Las pérdidas no técnicas, por su parte, son aquellas que se relacionan ya no con el transporte de la energía como tal, sino con el proceso comercial y administrativo. Entre las causas de estas pérdidas no técnicas están, tanto los problemas de medición y facturación de la energía entregada -que pueden ser controlados por la empresa-, como las conexiones no autorizadas y las conexiones fraudulentas, en las que existe una conducta intencional del usuario para evitar que toda la energía consumida sea facturada adecuadamente.

Según un estudio contratado por la CREG en el año 2002⁴⁰, el total de pérdidas de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local, durante el año 2001, se estimó en 6,770 GWh/año, con un costo de \$645 billones de pesos o \$285 millones de dólares de los Estados Unidos, para un nivel de pérdidas del 17.5% de la energía entregada.

En ese estudio se estimaba una inversión de US\$950 millones, en un período de 20 años, para llegar a reducir las pérdidas a un nivel óptimo del 7.7% en el año 2026, poniendo en marcha, además, los programas de manejo de pérdidas identificados en el estudio que contemplaban acciones fuertes por parte de las empresas para combatir el fraude.

Según ASOCODIS⁴¹, en el año 2005 las pérdidas de energía le significaron un saldo en rojo al sector de cerca de \$392.000 millones de pesos por el concepto del robo de 3.920 millones de kilovatios/hora, y en el 2004 las pérdidas ascendieron a unos \$470.000 millones de pesos.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, al fijar las tarifas que pueden cobrarse a los usuarios del servicio de energía eléctrica, reconoce: “que existe un nivel de pérdidas no técnicas que no son económicamente gestionables” y que debe establecerse “una senda temporal sobre el nivel de pérdidas que permita dar espacio para el mejoramiento continuo de las empresas”.⁴²

⁴⁰ Loss of Electric Energy on the Colombian Electric System – Phase I & II Report, Julio 9, 2002, Preparado para el CERI – Colombia – CIDA, Energy, Mining and Environment Project for PS Technologies Inc.

⁴¹ Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía, en entrevista para Portafolio del 20 de octubre de 2006.

⁴² Documento CREG D-020 del 8 de marzo de 2005 – Definición de la Fórmula Tarifaria de Energía Eléctrica, para el próximo período tarifario.

En este Documento la CREG explica que las pérdidas no técnicas son tanto responsabilidad del Operador de Red o Distribuidor, es decir, el agente responsable de transportar la energía hasta el usuario final, como del Comercializador, es decir, el agente responsable de adquirir y vender la energía al usuario final, por lo que tanto al primero como al segundo se le reconoce un porcentaje de éstas en la tarifa.

En la actualidad, al Comercializador en la tarifa se le reconoce un 14.75% de pérdidas de energía, de los cuales, entre 9 al 11% corresponden a pérdidas del distribuidor; así, el porcentaje de pérdidas de energía reconocido al Comercializador por pérdidas no técnicas fluctúa entre el 5,75% y el 3.75%. El mayor nivel de pérdidas reales es asumido directamente por la empresa de servicios públicos, contra su cuenta de resultados.

Además de todo lo anterior, normalmente la manipulación inadecuada que particulares hacen de las redes de distribución o de los equipos de seguridad o medición, a efectos aprovechar el servicio público de energía eléctrica sin pagar por él, genera considerables daños a la infraestructura de las empresas.

Finalmente, dicha manipulación inadecuada entraña serios y evidentes peligros para quien la realiza, lo cual, sin embargo, no parece ser obstáculo para buscar el hurto de energía.

2.3.11.2 En Aguas de Manizales. Aguas de Manizales no es ajena al fraude realizados por aquellos usuarios, que les gusta beneficiarse del uso no autorizado o fraudulento del servicio que ésta entidad presta a la población manizalita, o sencillamente por que en asentamientos subnormales la gente que allí habita requiere del servicio de Agua, como liquido vital para la subsistencia, y para ello buscan los medios para abastecerse de este preciado liquido. Y es por ello que en la pagina web de esta entidad, publico el siguiente artículo al respecto: *“Aguas de Manizales S.A. E.S.P. no centra sus estrategias en el incremento del consumo de agua sino en el mejoramiento de los indicadores de eficiencia.*

Para el control del agua no contabilizada, la empresa desde hace varios años ha llevado a cabo un proceso de identificación de factores técnicos y comerciales reconocidos y medibles que ocasionan la pérdida del agua.

En cuanto a pérdidas técnicas, la empresa continuó durante el 2004 con las acciones realizadas é implementadas desde la creación de Aguas de Manizales S.A. ESP. Entre estas acciones se tiene: reposición de redes; un programa de regulación de presiones; actividades enfocadas al control en los tiempos de atención de daños; instalación de cámaras de diagnóstico de aguas residuales y válvulas de control de nivel; automatización, sistematización y medición de todos los procesos de tratamiento; mantenimiento predictivo, proactivo y correctivo de los activos; un plan de reposición y calibración de medidores; implementación de toda la infraestructura del sistema de acueducto y alcantarillado en formato SIG (Sistemas de Información Geográfica) y sistema de telemetría. Durante el 2004 se desarrolló el programa de sectorización de circuitos y una metodología de trabajo para calibrar la red en un plano de presión óptimo.

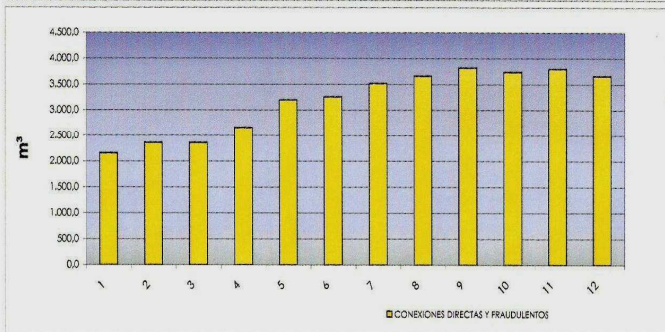
En cuanto al control de pérdidas comerciales, la empresa emplea el sistema comercial Amerika que permite tener un control detallado para cada uno de los usuarios respecto a los consumos históricos y toda la información asociada. Así mismo, cuenta con diversos canales de comunicación con los usuarios, un área de Control de Fraudes, constantes capacitaciones en temas técnicos y de mejoramiento continuo, un programa denominado Fontanero Amigo para solucionar problemas menores de instalaciones internas y otro programa denominado Guardianes del Agua cuyo objetivo es educar a niños y líderes comunitarios en el manejo eficiente y uso racional del agua. La empresa también ha implementado un sistema de contratos de suministro y evaluación de proveedores, que permite disminuir el costo de inventarios y contar con un stock adecuado y de calidad para las necesidades del área operativa.”⁴³

En Aguas Manizales, durante el año 2006 hubo un crecimiento sostenido de los fraudes realizados por los usuarios para beneficiarse del servicio de acueducto sin pagar por él, o pagar bajos precios.

⁴³ <http://www.aguasmanizales.com.co>

En el siguiente cuadro se observa que en el transcurso del año 2006, se presentaron perdidas, por un total de 38.200 metros cúbicos de agua que liquidados a un valor de \$878.00 equivale a la suma de \$33'539.600.00.

	ENERO M ³	FEBRERO M ³	MARZO M ³	ABRIL M ³	MAYO M ³	JUNIO M ³	JULIO M ³	AGOSTO M ³	SEPTIEMBRE M ³	OCTUBRE M ³	NOVIEMBRE M ³	DICIEMBRE M ³	TOTAL 2006
DETECTADAS POR LECTORES Y CRITICA	80,0	120,0	0,0	20,0	0,0	60,0	0,0	0,0	60,0	100,0	60,0	0,0	500,0
DETECTADAS POR CONTROL FRAUDES	260,0	160,0	80,0	340,0	160,0	160,0	140,0	280,0	200,0	260,0	340,0	260,0	2.640,0
DIRECTOS QUE NO SE HAN PODIDO LEGALIZAR:													
BARRIO BAJO EUCALIPTUS (1 VIVIENDAS)	40,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	240,0
BARRIO SAUCES (42 VIVIENDAS)	660,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	840,0	9.500,0
BARRIO SACATIN (11 VIVIENDAS)	160,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	2.580,0
BARRIO AGUACATE (26 VIVIENDAS)	380,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	520,0	4.100,0
BARRIO EL PORVENIR (4 VIVIENDAS)	120,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0	1.000,0
BARRIO BAJO NEVADO (11 VIVIENDAS)	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	220,0	2.440,0
BARRIO PERSIA (6 VIVIENDAS)	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	1.440,0
CORINTO (39 VIVIENDA)	20,0			20,0			780,0	780,0	780,0	780,0	780,0	780,0	4.720,0
BARRIO SOLFERINO (2 VIVIENDAS)	20,0	20,0	20,0	20,0	780,0	780,0	40,0	40,0	40,0	40,0	40,0	40,0	1.880,0
EL ZAFIRO (10 VIVIENDAS)	60,0	40,0	40,0	40,0	40,0	40,0	200,0	200,0	200,0	200,0	200,0	200,0	1.460,0
BARRIO SINAI (0 VIVIENDA)	20,0		200,0	200,0	200,0	200,0	0,0	0,0	180,0	0,0	20,0	20,0	1.040,0
MATEGUADUA (5 VIVIENDAS)							100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	600,0
BARRIO SIERRA MORENA (6 VIVIENDAS)							120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	720,0
BAJO CAMPAMENTO (6 VIVIENDAS)							120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	120,0	720,0
TOTAL	2.160,0	2.360,0	2.360,0	2.660,0	3.200,0	3.280,0	3.520,0	3.660,0	3.820,0	3.740,0	3.800,0	3.660,0	38.200,0



Cuadro 1. Perdidas

3. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS EN LA CIUDAD DE MANIZALES

3.1 Aguas Manizales

3.1.1 Historia. Manizales ciudad con 363.000 habitantes, está ubicada sobre la cordillera Central de Colombia a 2.150 msnm, tiene una temperatura promedio de 18 grados centígrados, está rodeada por nevados y volcanes que ofrecen lindos paisajes y los más bellos atardeceres. Es conocida por la suavidad de su café y la pureza de sus aguas.

Aguas de Manizales S.A. E.S.P. es la empresa responsable de todo lo relacionado con el Agua de la ciudad de Manizales, desde su cuidado, manejo y distribución, hasta la conducción, saneamiento y disposición final de aguas residuales.

La empresa nace como resultado de un Proceso de Transformación empresarial que el Gobierno Nacional propone para las empresas prestadoras de Servicios Públicos con el objeto de convertirlas en eficientes y autónomas.

Fue constituida mediante Escritura Pública No. 0000521 en la Notaría Segunda de Manizales, el 28 de Febrero de 1996, con el nombre de ACUALGAS S.A E.S.P, (Empresa de Acueducto Alcantarillado y Distribución de Gas Domiciliario, S.A. E.S.P).

El 30 de Mayo del mismo año, mediante Escritura Pública No. 0001371 de la Notaría Segunda de Manizales, se le cambió el nombre por Aguas de Manizales S.A E.S.P.

3.1.2 Objeto Social. La sociedad tiene por objeto principal, la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios de: acueducto, alcantarillado y actividades complementarias de las anteriores. En consecuencia, de conformidad con los artículos 14.22 y 14.23 de la Ley 142 de 1994, la Sociedad se encargará de la Distribución Municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición y las actividades complementarias, tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte; la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y/o conductos y las demás actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos. La sociedad también tiene por objeto la compra, venta, distribución, comercialización, fabricación, elaboración y explotación de agua embotellada o empacada en otro tipo de recipientes, cruda o apta para el consumo humano entre otras actividades relacionadas con el manejo de las aguas.

Área de Cobertura: Municipio de Manizales.

Suscriptores de Acueducto	A Diciembre 2006
Estrato 1	4.536
Estrato 2	20.199
Estrato 3	28.555
Estrato 4	12.398
Estrato 5	4.659
Estrato 6	5.984
Total Residencial	76.331
Industrial	258
Comercial	4.726
Oficial	696
Rural	2.860
Total No residenciales	8.540
Total	84.871

Cuadro 2. Número Actualizado de Usuarios del Servicio por Estrato Socio-Económico y por uso.

3.2 Central Hidroeléctrica De Caldas “CHEC” S.A. E.S.P.

3.2.1. Historia. Fue creada por medio de la escritura pública número 1760 otorgada en la notaría segunda de Manizales, el 9 de septiembre de 1950 y registrada bajo el número 2619 del libro 13 folio 28, con el nombre de "Central Hidroeléctrica de Caldas limitada".

Posteriormente y ajustándose a disposiciones legales, la institución llevó a cabo una reforma parcial de estatutos hasta llegar a lo que hoy se conoce como Central Hidroeléctrica de Caldas S.A “E.S.P” CHEC.

3.2.2. Objeto Social. La Sociedad tiene por objeto la prestación de servicios públicos esenciales de energía, incluidos:

- El servicio público domiciliario de energía eléctrica, mediante el transporte de esa energía desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.
- Las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

En desarrollo del objeto social, la sociedad podrá realizar las siguientes actividades:

- Explotar centrales generadoras de energía, líneas de transmisión y sub-transmisión, redes de distribución y otras fuentes de energía.
- Construir o adquirir a cualquier título centrales generadoras de energía, subestaciones, líneas de transmisión y subtransmisión, redes de distribución y, en general toda clase de instalaciones relacionadas con la generación, compra y venta de energía.
- Comercializar, transportar, distribuir y vender energía eléctrica y otras fuentes de energía dentro y fuera del territorio nacional.
- Importar, vender y distribuir toda clase de bienes necesarios para el cumplimiento de su objeto social.
- Prestar servicios técnicos asociados con la generación, transmisión y distribución de energía.
- Participar en planes sobre prevención y protección del medio ambiente en las zonas de influencia de sus obras.
- Promocionar la investigación científica para la búsqueda de fuentes de energía alternativa.
- Celebrar todos los actos y contratos necesarios para asegurar la continuidad y calidad en la prestación del servicio público y tomar las medidas requeridas para subsanar las necesidades del servicio público en el mediano y largo plazo.

Área de Cobertura: Todos los Municipios de Caldas, Municipios de Risaralda, excepto la Ciudad de Pereira.

Suscriptores de CHEC	A Febrero 2007
Estrato 1	45.744
Estrato 2	148.947
Estrato 3	99.479
Estrato 4	19.769
Estrato 5	5.404
Estrato 6	6.815
Total Residencial	326.158
Industrial	797
Gran Industria	61

Comercial	24.283
Oficial	2.951
Distrito de Riego	199
Alumbrado Público	3.300
Provisional	38
Total No residenciales	31.629
Total	357.787

Cuadro 3. Número Actualizado de Usuarios del Servicio por Estrato Socio-Económico y por uso.

3.3. Emtelsa S.A E.S.P.

3.3.1. Historia. EMTELSA S.A. E. S. P. comienza operaciones en agosto de 1996, como resultado del proceso de transformación que se realizó en las Empresas Públicas de Manizales (hoy Infimanizales) la cual prestaba servicios de Telefonía y de servicios públicos. (Acueducto, Alcantarillado y Aseo.)

En la primera etapa se creó la empresa como sociedad de economía mixta y en la segunda etapa se enajenó el 55% de las acciones, con el fin de conseguir un socio estratégico.

Los recursos provenientes de esta venta le dieron vida a Infimanizales encargado de buscarles el mejor rendimiento y convertirlos a través de la Alcaldía, en obras de bienestar y progreso para los manizaleños. De esta forma, queda organizada en condiciones de privilegio para hacer frente al dinámico y complejo negocio de las comunicaciones, objetivo pretendido por los gestores del proceso para bien de la ciudad de Manizales y sus habitantes.

3.3.2. Objeto Social. La Sociedad, tiene por objeto principal, la prestación de Servicio de Telecomunicaciones, incluidos:

- El servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada local, y/o local extendida mediante la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada, con acceso generalizado al público en el Municipio de Manizales, así como otros Municipios a donde se expanda la prestación del Servicio público comprendidos dentro del área geográfica del Departamento de Caldas, o en otras

regiones o áreas geográficas por las autoridades competentes, incluidas las actividades complementarias de telefonía inalámbrica para todos los sectores.

- El servicio público de larga distancia nacional e internacional mediante la participación accionaria directa o indirecta en el capital de empresas de servicios públicos cuyo objeto consista en la prestación del servicio público de larga distancia nacional e internacional, con sujeción a lo dispuesto en las leyes aplicables.
- Los servicios de valor agregado, transmisión de datos y otros del sector de telecomunicaciones que actualmente se encuentren en el mercado o que surjan en el futuro como fruto del desarrollo tecnológico.

Emtelsa S.A ESP. Tiene un área de cobertura de: Manizales, Villamaria, Palestina, Neira, Chinchina, Anserma, Aranzazu, Viterbo, La Merced, San José de Caldas, Salamina, Risaralda, Pácora, Marulanda, Riosucio, Filadelfia, Supía, Marmato, Manzanares y Aguadas.

Suscriptores de Emtelsa	A Febrero 2007
Estrato 1	4.512
Estrato 2	19.726
Estrato 3	30.607
Estrato 4	12.367
Estrato 5	4.242
Estrato 6	6.150
Total Residencial	77.604
Industrial	646
Oficial	2.159
Línea Net	947
Comercial	16.330
Rural	3.310
Teléfonos Públicos	1.179
Provisionales	22
Otros	2.554
Total No residenciales	27.147
Total	104.751

Cuadro 4. Número Actualizado de Usuarios del Servicio por Estrato Socio-Económico y por uso.

3.4. Gas Natural Del Centro

3.4.1. Historia. Gas Natural del Centro S.A. E.S.P. Es la firma adjudicataria por concesión de la distribución de Gas Domiciliario en los Municipios de Neira, Villamaría, Chinchiná, Palestina y Manizales. Inició sus labores a finales de 1.997, pero la conexión del primer usuario residencial a la red fue el 1 de enero del 2000. A la fecha atiende a 65.775 usuarios.

La sociedad fue constituida mediante escritura pública No 1177 del 24 de junio de 1993, otorgada en la Notaría Tercera de Manizales, e inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad bajo el No 00029790 del libro IX, con el nombre PROMOTORA GAS NATURAL DEL CENTRO S.A., razón social que posteriormente fue modificada mediante escritura pública No. 692 del 14 de abril de 1994 de la Notaría Tercera de Manizales e inscrita el 27 de abril del mismo año, por el de GAS NATURAL DEL CENTRO S.A., nombre que de igual manera fue cambiado por el de GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.SP., mediante escritura pública No 1342 del 21 de noviembre de 1996, otorgada en la Notaría Tercera de Manizales e inscrita el 29 de noviembre de 1996; razón social que ha perdurado hasta la actualidad.

3.4.2. Objeto Social. La sociedad se propone como objeto social principal el desarrollo de las siguientes actividades:

- La prestación del servicio publico de distribución de gas natural o gas propano combustible para consumo domiciliario, industrial, comercial, y de empresas de servicios en cualquier parte del territorio colombiano, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio; podrá igualmente, hacer la misma distribución domiciliaria, industrial, comercial, y para empresas de servicios, en el exterior, en este caso con sujeción a lo dispuesto por las normas cambiarias o fiscales.
- La realización de actividades complementarias de conformidad con la definición legal, entendiéndose por tales las actividades de comercialización, desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel donde se conecte a una red secundaria. Para el cumplimiento del objeto de la sociedad podrá, especialmente, celebrar toda clase de actos y contratos relacionados con el manejo de muebles e inmuebles, que permitan el desarrollo del objeto social.

Suscriptores de Emtelsa	A DICIEMBRE DE 2006
Estrato 1	2.900
Estrato 2	19.188
Estrato 3	25.728
Estrato 4	8.886
Estrato 5	2.614
Estrato 6	3.512
Total Residencial	62.828
Industrial	54
Comercial	1.031
Total No residenciales	1.085
Total	63.913

Cuadro 5⁴⁴. Número Actualizado de Usuarios del Servicio por Estrato Socio-Económico y por uso.

⁴⁴ La información del cuadro anterior, fue bajada por Internet de la página [www.minminas.gov.co/.../6821c823f0cba52505256def0070bd1d/\\$FILE/COBERTURA_DICIE_MBRE_2006.pdf](http://www.minminas.gov.co/.../6821c823f0cba52505256def0070bd1d/$FILE/COBERTURA_DICIE_MBRE_2006.pdf), ya que fue solicitada a la Empresa Gas Natural, mediante Derecho de Petición y no la suministro por considerarla confidencial.

4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA

Para el desarrollo del presente proyecto, se elaboró un cuestionario, tratando de abarcar todas las posibilidades que puedan llegar a darse en la práctica, y remitido a las empresas de Servicios Públicos de Manizales; AGUAS MANIZALES, GAS NATURAL DEL CENTRO, CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS Y EMTELSA, con el fin de recopilar información que a la postre permita determinar cuales son los efectos, que tienen que afrontar aquellos usuarios que hacen uso fraudulento de los Servicios Públicos Domiciliarios que ellas prestan.

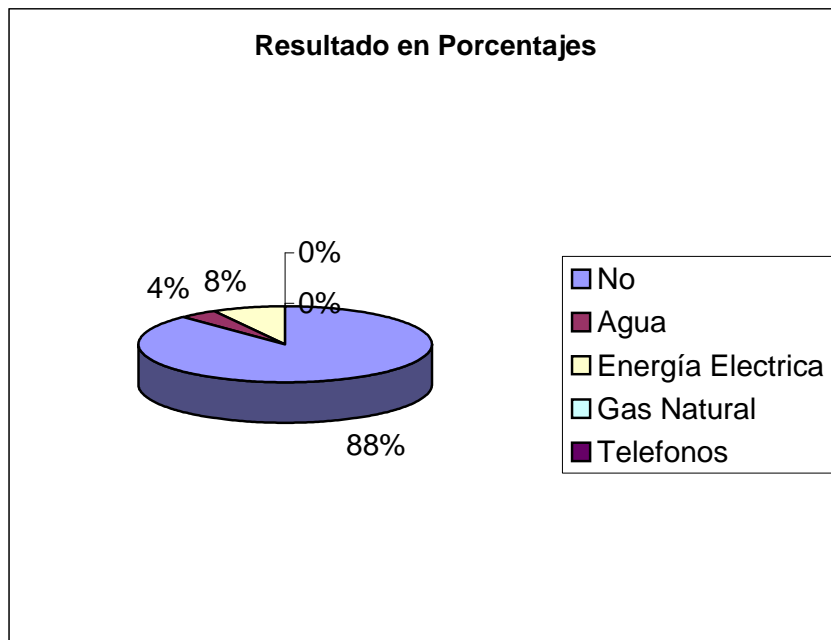
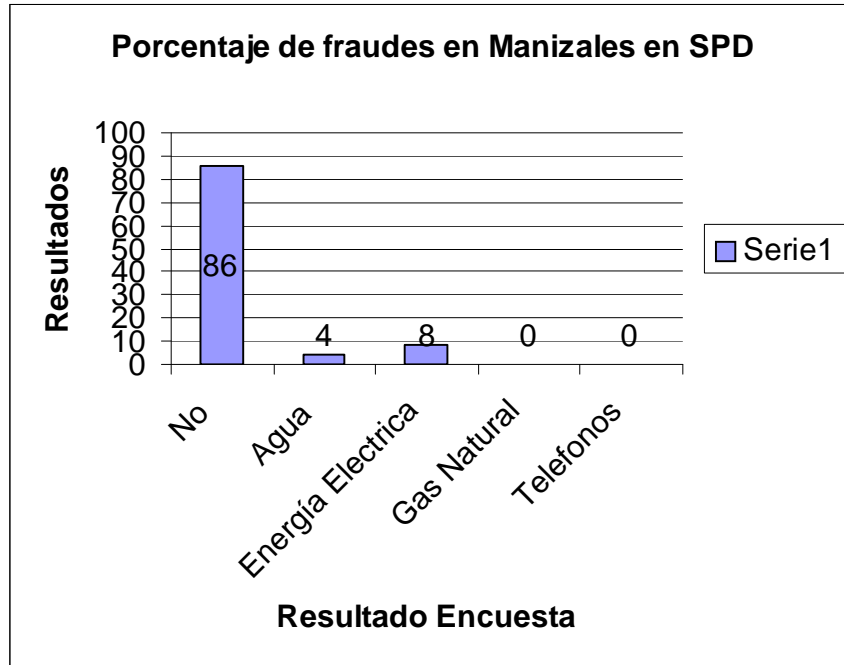
Para llenar los vacíos presentados en las respuesta del primer cuestionario, se procedió a elaborar un segundo cuestionario, en el cual se modificó de cierta manera la formulación de la pregunta, pero buscando obtener la respuesta pretendida en el primer cuestionario, y algunas otras preguntas que no se hicieron en el primero, pero que eran de vital importancia para la investigación.

Una vez se recolectó la información solicitadas a las empresas de servicios públicos de Manizales, se procedió al análisis de cada una de las respuestas obtenidas por parte de ellas, luego se realizó la tabulación de la información recogida en las encuestas realizadas a usuarios de las empresas antes mencionadas, la cual nos arrojó los siguientes resultados:

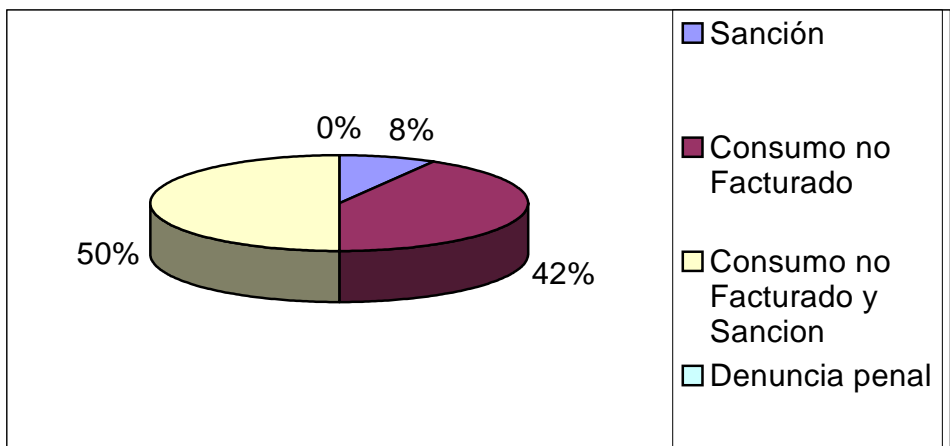
La encuesta se efectuó a 100 usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios de Manizales, para determinar aleatoriamente cual puede ser el porcentaje de fraudes en servicios públicos.

Respuesta dada a la pregunta: ¿Alguna vez ha hecho uso no autorizado o de manera fraudulenta de un Servicio público Domiciliario?

No	86
Agua	4
Energía Eléctrica	8
Gas Natural	0
Teléfonos	0

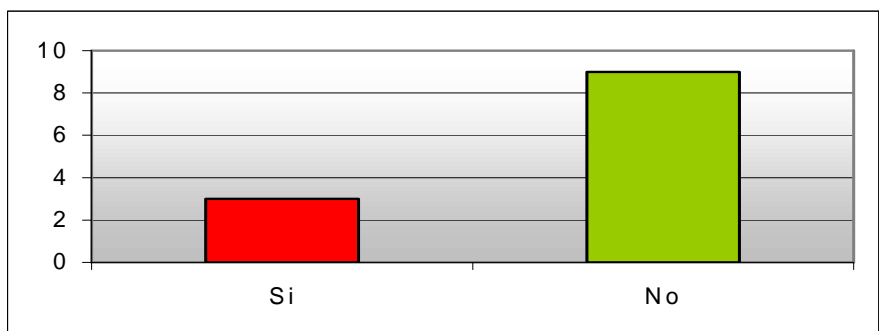


Efectos penales y civiles según encuesta a usuarios	
Sanción	1
Consumo no Facturado	5
Consumo no Facturado y Sanción	6
Denuncia penal	0



Respecto a la oportunidad que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios le dan a los usuarios para controvertir las pruebas aducidas por ellas, arrojó el siguiente resultado:

Si	3
No	9



CONCLUSIONES

Una vez analizada la información que se ha recopilado a lo largo de la presente investigación, podemos dar respuesta a la pregunta formulada en la propuesta hecha respecto a *¿CUÁLES SON LOS EFECTOS CIVILES Y/O PENALES QUE DEBE ENFRENTAR EL PROPIETARIO, SUSCRIPTOR Y/O USUARIO POR EL USO FRAUDULENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS EN MANIZALES?*

I. Efectos Civiles de Carácter Económico:

a) **Para Todos los Usuarios:** El uso no autorizado o fraudulento de los Servicios Públicos Domiciliarios tiene un impacto directo en las tarifas de estos servicios, ya que las empresas en la facturación de los servicios incluyen un componente que es representado en un porcentaje por pérdidas no técnicas; es así como las Empresas de Servicios Públicos de Manizales logran recuperar este tipo de pérdidas de la siguiente manera:

- Aguas De Manizales S.A. ESP. : El porcentaje de pérdidas totales reconocidas vía tarifa, corresponde de acuerdo a la Ley al 30%", y el total de pérdidas en Manizales es aproximadamente el 25%, Chec S.A. ESP.: El porcentaje de pérdidas reconocido vía tarifa
 - Nivel de Tensión 1: 14.75%
 - Nivel de Tensión 2: 7.10%
 - Nivel de Tensión 3: 5.06%Y en Manizales, las pérdidas no técnicas ascienden a un 11.70%".
- Gas Natural Del Centro S.A. ESP.: Se rige por lo dispuesto en el artículo 13 de la Resolución 039/95 que establece, que las pérdidas en los sistemas de distribución que excedan del cuatro por ciento (4%) serán asumidas por el distribuidor, lo cual quiere decir que las empresas pueden cobrar hasta el 4% de pérdidas.
Para el año 2006 el porcentaje de pérdidas fue de 0.98%.
- Emtelsa S.A. ESP.: Para el servicio de telefonía pública básica conmutada local no tiene ningún componente que permita recuperar

pérdidas por fraude o por algún otro factor. Las tarifas vigentes se establecieron conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRT 1250 de 2005.

En síntesis, todos los suscriptores de un servicio público terminan pagando el consumo que realizan aquellos usuarios que hacen uso no autorizado o fraudulento de un Servicio público domiciliario.

b) **Para las Empresas:** Teniendo en cuenta que solo pueden recuperar vía tarifa un porcentaje determinado de las pérdidas no técnicas, en caso de que estas pérdidas sobrepasen los topes autorizados por la ley, serán pérdidas económicas para ellas, pero además hay que tener en cuenta que las empresas tienen que establecer una planta de personal y de recursos, destinados a buscar y a controlar el uso no autorizado o fraudulento del servicio que ellas prestan, incluyendo, los daños que causan estos usuarios en las redes y equipos de las empresas, y que se traducen pérdidas económicas para ellas.

c) **Para el Usuario Fraudulento:** Cuando una persona es sorprendida haciendo uso no autorizado o fraudulento de un servicio público domiciliario, se ve sometido a sanciones por parte de las empresas prestadoras de la siguiente manera:

- Aguas De Manizales S.A. ESP.: El propietario y/o suscriptor y/o usuario y/o poseedor deberá pagar a Aguas de Manizales S.A. E.S.P por el uso irregular de los servicios los siguientes valores⁴⁵:

Por cada metro cúbico facturado a tarifa inferior por causas imputables al usuario, como es el caso de dar al servicio público domiciliario un uso distinto al declarado o convenido con la empresa, se cobrará el reajuste correspondiente, más los intereses de mora sobre dicho reajuste. De no ser posible establecer fehacientemente el tiempo de permanencia de esta anomalía se tomará un periodo de doce (12) meses para calcular el consumo irregular.

Por acometida o derivación de acueducto o alcantarillado no autorizada por la empresa o fraude en los aparatos de medición o control, retiro o manipulación de los mismos, se cobrará, por la primera vez, la siguiente sanción:

⁴⁵ Aguas de Manizales S.A. ESP. Contrato de Condiciones Uniformes de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Actividades Complementarias, Cláusula Vigésima Quinta: Sanciones Pecuniarias.

Estratos 1 y 2	10 salarios mínimos diarios legales vigentes	
Estratos 3 y 4	15 salarios mínimos diarios legales vigentes	
Estratos 5 y 6	20 salarios mínimos diarios legales vigentes	
Sector comercial	Se aplicará la sanción de acuerdo al estrato predominante en el lado de la manzana donde esté ubicado el inmueble, así:	
	Zona de estrato 1 y 2	15 salarios mínimos diarios legales vigentes
	Zona de estrato 3 y 4	20 salarios mínimos diarios legales vigentes
	Zona de estrato 5 y 6	25 salarios mínimos diarios legales vigentes
Sector industrial y oficial	50 salarios mínimos diarios legales vigentes	

Parágrafo 1: Las sanciones de que trata la presente resolución, se cobrarán por números de divisiones y tipo de servicio.

Parágrafo 2: La reincidencia por segunda vez se considerará como materia que afecta gravemente a la empresa y dará lugar a la terminación del contrato de condiciones uniformes y al corte del servicio.

Por utilización del servicio a través de una acometida clandestina o fraudulenta, se cobrarán las multas establecidas, más los intereses de mora correspondientes. El consumo se estimará con base en el promedio de consumo del estrato socio económico en que se encuentre clasificado el inmueble, en el caso residencial y con base en el aforo de agua requerida según la actividad económica en el caso no residencial. De no ser factible establecer fehacientemente el tiempo de permanencia de esta anomalía, se tomará un periodo de doce (12) meses.

Por dar servicio a un tercero cuyo servicio ha sido suspendido o cortado o a un tercero no suscriptor, se cobrarán las multas establecidas en el numeral 15.2 del Contrato de Condiciones Uniformes de Aguas de Manizales.

- **Chec S.A. ESP.:** La empresa además de cobrar el consumo dejado de facturar por la irregularidad, podrá aplicar una sanción pecuniaria máxima equivalente al consumo no autorizado⁴⁶.

Los usuarios que sean reincidentes en este tipo de irregularidades pagaran de la siguiente manera: reincidencia por primera vez el 50% más de lo calculado para energía recuperada y sanción, y por reincidencia por segunda vez pagará el 100% más de lo calculado para energía recuperada y sanción. El cobro de la sanción podrá ser parcial o totalmente objeto de descuentos autorizados por la gerencia de la empresa. No obstante, el valor de la energía no podrá condonarse, de conformidad con el artículo 99.9 de la Ley 142 de 1994.

En caso de romper, retirar o adulterar cualquiera de los sellos instalados en los equipos de medida, tapa de bornes, protección, control o gabinetes, o que los existentes no correspondan a los instalados por la empresa: se cobrará al sector residencial el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales diarios vigentes por cada sello, y al sector no residencial el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes por cada sello. Este valor se incluirá en la factura del servicio de energía a cargo del respectivo usuario o suscriptor”.

En caso de que el suscriptor/ usuario realice la reconexión por su cuenta, se cobrará el valor de una reconexión adicional de la tarifa de reconexión establecida.”

- **Emtelsa S.A. ESP.** :Las sanciones que se aplican son las siguientes: Suspensión del servicio y en su caso, terminación del contrato de condiciones uniformes, retiro de la línea; las sanciones del código penal colombiano; cierre del establecimiento de comercio, entre otros.
- **Gas Natural Del Centro S.A. ESP.:** Las sanciones que se aplican a los usuarios por el consumo no autorizado están contempladas en la cláusula sexagésima novena del contrato de condiciones uniformes⁴⁷:

⁴⁶ Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. ESP., Contrato de Condiciones Uniformes, Anexo 1, pagina 25.

Por fraude en las conexiones o aparatos de medición o control, o por alteraciones que impidan su funcionamiento normal, GAS NATURAL DEL CENTRO S.A E.S.P cobrará al suscriptor y/o usuario:

El valor del medidor incluyendo el IVA y el valor de la visita técnica.

El consumo fraudulento, o sea la diferencia entre el consumo estimado por GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P, según el procedimiento descrito en el artículo 68 y el consumo registrado en el equipo de medida por el tiempo de permanencia de la anomalía, a las tarifas máximas vigentes. Si no es posible la determinación del consumo del periodo, se tomará como base para la liquidación un periodo de seis (6) meses.

Una sanción por valor de diez (10) salarios mínimos legales vigentes. El valor de las investigaciones, inspecciones, costos judiciales, honorarios de abogado, y la instalación de equipos protectores que sean considerados necesarios por la empresa.

Paragrafo unico: La reincidencia en el fraude en los equipos de medición da lugar a la cancelación del contrato; por lo tanto si el consumidor desea seguir recibiendo el servicio, deberá previamente cancelar el valor del cargo por conexión vigente.

Sancion por efectuar conexiones fraudulentas o sin autorizacion de gas natural del centro S.A. E.S.P. por la instalación de mecanismos de conducción de flujo que permitan una vía alterna obviando el paso por el medidor y el registro real del consumo en forma total o parcial, se cobrará:

El valor de la visita técnica

El consumo fraudulento o sea la diferencia entre el consumo estimado por GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P y el consumo registrado en el equipo de medida, por el tiempo de permanencia de la anomalía, según tarifas máximas vigentes. Si no es posible la determinación del consumo del periodo, se tomará como base para la liquidación con periodos de seis (6) meses.

⁴⁷ Gas Natural del Centro S.A. ESP., Contrato de Condiciones Uniformes, Cláusula Sexagésima Novena.

Una sanción por valor de diez (10) salarios mínimos diarios legales vigentes.

El valor correspondiente a los gastos ocasionados por la reparación, cambio o instalación de acometidas, equipos de medición y demás elementos que componen el sistema de distribución domiciliaria.

El valor de las investigaciones, inspecciones, costos judiciales, honorarios de abogado y la instalación de equipos protectores que sean considerados necesarios por GAS NATURAL DEL CENTRO S.A E.S.P.

Sancion por alteracion de sellos: Por retirar, romper o adulterar los sellos instalados en los equipos de medición o que los existentes no correspondan a los instalados por GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P, se cobrará:

El valor de la visita técnica.

El valor de cinco (5) salarios mínimos diarios vigentes.

Si se evidencia que adicionalmente a la ruptura de sellos se presenta fraude por adulteración o manipulación del medidor, habrá lugar al cobro de las sanciones anteriormente establecidas.

Servicio directo: Por efectuar conexiones no autorizadas por GAS NATURAL DEL CENTRO S.A E.S.P para obtener el servicio en forma directa si no es suscriptor y/o usuario se aplicaran las sanciones de ley a que haya lugar. A solicitud del sancionado, GAS NATURAL DEL CENTRO S.A E.S.P podrá optar por normalizar el servicio según lo previsto en el artículo siguiente:

Normalizacion de acometidas fraudulentas: Con el objeto de regularizar la prestación de servicio a usuarios que se encuentren conectados en forma no autorizada al sistema de distribución a través de acometidas fraudulentas, GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P. promoverá su normalización en las condiciones que considere

convenientes. Lo anterior se realizará cuando GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P. de oficio o por aviso de terceros, no haya detectado e indicado por escrito al usuario la existencia de la situación. Cuando GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P. detecte una acometida fraudulenta procederá a efectuar el taponamiento de la misma y adelantará las acciones a que haya lugar.

Sanción por conexión no autorizada: por efectuar sin autorización de GAS NATURAL DEL CENTRO S.A. E.S.P. una reconexión del servicio, cuando este ha sido suspendido, se cobrará una sanción equivalente a diez (10) salarios diarios mínimos legales vigentes.

Todo lo anterior es producto de los efectos civiles, de carácter patrimonial en los que se ven implicados los usuarios fraudulentos de los servicios públicos domiciliarios sobre los que se ha trabajado.

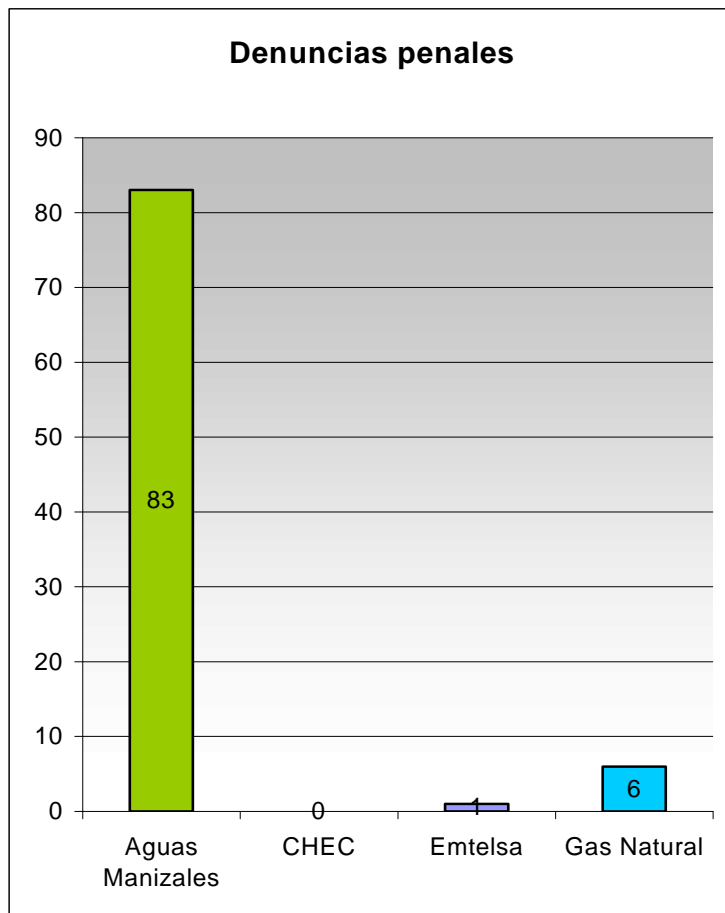
II. Efectos Penales.

La Defraudación de Fluidos es un delito establecido en el Nuevo Código Penal (Ley 599 de Julio 24 de 2000) el cual quedo establecido en el artículo 256 de la siguiente manera: *“ARTÍCULO 256. 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”.*

Con base en la información obtenida, se observa que la facultad que tienen las empresas en este sentido es de escasa aplicación, pues todos los procesos que han iniciado, que son muy pocos, terminan en conciliación y los usuarios siguen disfrutando de tales servicios, no obstante haber cancelado el valor de lo que vía tarifa le cobren al haber infringido la norma con el uso no autorizado de estos servicios.

Denuncias penales instauradas por las empresas de Servicios públicos domiciliarios de Manizales en los últimos dos años:

Aguas Manizales	83
CHEC	0
Emtelsa	1
Gas Natural	6



De otro lado se determinó, que dentro de los procedimientos establecidos por las empresas para detectar el uso no autorizado o fraudulento del servicio, estas no solicitan la colaboración de las autoridades de policía para llevar a cabo el allanamiento a inmuebles a fin de recaudar pruebas que lleguen a demostrar que en efecto se esta haciendo uso no autorizado del servicio tal como lo establece el Código Nacional de Policía en su artículo 82

literal e, solamente aplican los procedimientos administrativos establecidos por ellas.

Las normas de carácter penal, no están siendo aplicadas, como el legislador quiso que se dieran ya que este tipo de prácticas pese a tener sanciones de tipo penal, se resuelven en instancias administrativas y es la principal razón por el que las empresas de servicios públicos domiciliarios, en general no recurren a instaurar acciones penales contra los infractores según lo dispuesto en el artículo 256 del nuevo código penal, en razón a que en materia penal impera la responsabilidad subjetiva y en el caso de los fraudes en servicios públicos domiciliarios prevalecen la responsabilidad objetiva, tal com lo ha concebido el Consejo de Estado de la sala de la Sección Primera, en su sesión de 14 de junio de 2007, manifestó que: *“en relación con la conducta consistente en fraude a medidores de energía la jurisprudencia de esta Corporación reiteradamente ha considerado que la responsabilidad es objetiva. Así, por ejemplo, en sentencias de 11 de octubre de 1994 (expediente 2761, Consejero ponente doctor Yesid Rojas Serrano); 13 de octubre de 1995 (Expediente núm. 34 72, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y 22 de marzo de 1996 (expediente 34 67, Consejero ponente doctor I, i bardo Rodríguez Rodríguez), se sostuvo:*

“...En términos generales podríamos considerar que en casos como el presente al usuario le cabe una responsabilidad objetiva estructurada por Jossierand cuando llama la atención sobre el siguiente fragmento del Código de Napoleón ‘...por el hecho... de las cosas que se tienen bajo su guarda’ (Código Civil Francés, art. 1384 inciso 1o)”.

Pero las empresas al dar aplicación a las normas penales, verían vulnerados sus derechos al no tener forma de demostrar la responsabilidad subjetiva y en este sentido el proceso se archivaría por falta de pruebas, es por ello que las sanciones por el uso no autorizado por la empresas y hecha por los particulares con fines de defraudación, se vienen resolviendo a través de procedimientos administrativos, tomando como prueba el documento o acta de visita, en el que se consigna la anomalía encontrada, o el informe presentado por el laboratorio de calibración en caso de haber sido manipulado el medidor con el fin de defraudar a la empresa, documentos que sirven de plena prueba para levantar pliego de cargos en contra del propietario, suscriptor o usuario de acuerdo al principio de la solidaridad establecido en el Artículo 130 de la Ley 142 de 1994.

III. Diversidad de normas

Al analizar la información aportada por cada una de las empresas, se encontró que cada una aplica procedimientos diferentes para tratar el tema del uso fraudulento del servicio que prestan y pese a que la ley 142 de 1994, es la que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, esta no determina de manera explícita los procedimientos que se deben seguir para detectar y sancionar a los usuarios que hacen uso no autorizado o fraudulento del servicio y este vacío ha sido llenado a través de los Contratos de Condiciones Uniformes.

A continuación se da respuesta a aquellos interrogantes formulados en el planteamiento del problema de investigación, los cuales eran:

1. ¿Con base en que disposiciones jurídicas aplican el procedimiento sancionatorio?, ellas respondieron:

- Aguas De Manizales S.A. ESP.
Fundamento legal, es la Ley 142 de 1994; Decreto 302 de 2000; y el Contrato de Condiciones Uniformes.
- Chec S.A. ESP.
El fundamento normativo de los cobros de energía no facturada, son: Ley 142 de 1994; Decreto 1303 de 1989; Código Penal, Contrato de Condiciones Uniformes.
- Emtelsa S.A. ESP.
Se rige por las normas de la Ley 142 de 1994; Resolución 007 de 1997 expedida por la CRT y demás normas complementarias.
- Gas Natural Del Centro S.A. ESP.
Lo aplicamos con base a la Ley 142 de 1994, en la Resolución 108 de 1997 de la CREG, en el contrato de condiciones uniformes y siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional en reiteradas Sentencias.

El poder sancionatoria que aplican las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, es una facultad que tiene que ser aclarada por el legislador , ya que de acuerdo a la posición de la H. Corte Constitucional, el Decreto 1303 de 1989, que legitimaba a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios para cobrar sanciones por el uso no autorizado o fraudulento que hagan sus

usuarios, es un reglamento que no sólo es infralegal sino que adicionalmente es preconstitucional porque fue expedido con anterioridad a la Constitución Política de 1991, cuando los Servicios Públicos Domiciliarios eran prestados por el Estado y no estaba contemplada la posibilidad de la libre entrada de los particulares, pero de acuerdo a la posición del H. Consejo de Estado es legal por que consideran que el decreto 1303 de 1989 aún esta vigente pese a haber perdido su piso jurídico con la derogatoria de las Leyes 113 de 1928, 109 de 1936, 126 de 1938.

Las posiciones encontradas entre la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, implican que haya anarquía jurídica para resolver los conflictos que se presentan en materia de fraudes en los servicios públicos.

2. ¿Cómo detecta una Empresa que un usuario esta haciendo uso no autorizado del servicio que ella presta?

Aguas De Manizales S.A. ESP. :

- “Se realizan revisiones sobre terreno, los cuales tienen como objeto investigar el uso irregular del servicio, con ocasión de las siguientes situaciones:
- Con servicio cortado reconectados directos.
- Usuario con conexión directa que no se han matriculado en la empresa.
- Suscriptores suministrándole agua a vecinos no matriculados en la empresa o con servicio suspendido o cortado.
- Suscriptores que invierten el medidor.
- Medidores manipulados.
- Reconexiones no autorizadas.
- Las investigaciones se abren, de acuerdo con informes extractados del sistema y reporte de alguna de las siguientes personas:
- Lectores.
- Denuncia de Terceros.
- Contratista de suspensiones.
- Área técnica.
- Revisiones continuas de: Servicios suspendidos, servicios cortados, provisionales, invasiones”.

Chec S.A. ESP.: “Se establece que hay uso indebido o irregular del servicio de energía eléctrica cuando el medidor no está registrando el consumo real de energía, debido a la alteración por manipulación del aparato de medición

o de las instalaciones eléctricas. Para ello se hace un comparativo de los consumos históricos registrados en meses anteriores con el censo de carga o aforo de carga consignado en el acta de verificación en el momento de la revisión, tal como lo dispone el contrato de condiciones uniformes de la CHEC S.A. ESP.”⁴⁸

Gas Natural Del Centro S.A. ESP.: “Entre los procedimientos que utiliza la empresa para comprobar que un usuario está realizando un uso no autorizado del servicio están las revisiones en campo, la información suministrada por otros usuarios, o por cualquier ciudadano, el análisis de consumos (desviaciones significativas), la revisión de medidores en el laboratorio, y el cálculo que se efectúa según los equipos conectados al usuario y el tiempo promedio de utilización de los mismos. Todos estos mecanismos se encuentran descritos en los contratos de condiciones uniformes cláusula Septuagésima segunda”⁴⁹.

Emtelsa S.A. ESP.: “Mediante la identificación de un consumo irregular durante un periodo determinado de tiempo previas las investigaciones del caso. La mayoría de los fraudes se presentan en telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional. Son muy pocos los fraudes que se pueden detectar en telefonía pública básica conmutada local, por lo general son los mismos instaladores contratados en la empresa que colaboran con los usuarios en estas actividades ilegales. No obstante, la empresa tiene personal a su cargo, que se encarga de hacer una revisión de las instalaciones en toda la ciudad para que situaciones como estas no ocurran”.

En conclusión, en este punto se encontró que las empresas para detectar que un usuario hace uso no autorizado o fraudulento del servicio que ellas prestan, es mediante:

Inspección a los inmuebles que según los listados de facturación, deben tener el servicio suspendido o cortado.

⁴⁸ Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. ESP., Contrato de Condiciones Uniformes, p.20.

⁴⁹ Gas Natural del Centro S.A. ESP., Contrato de Condiciones Uniformes, Cláusula Septuagésima Segunda.

Por denuncia de otros usuarios, o por que funcionarios de las empresas encuentren a usuario con conexión directa que no se han matriculado en la empresa.

Por denuncia de otros usuarios o por que funcionarios de las empresas encuentren a un usuario suministrándoles el servicio a otros inmuebles vecinos no matriculados en la empresa o con servicio suspendido o cortado. Por análisis de suscriptores que en una facturación aparecen con desviaciones significativas respecto a consumos anteriores, por lo que la empresa entra a revisar las acometidas y medidores.

Por información de particulares sobre usuarios que han manipulado los medidores o por que han realizado conexiones fraudulentas por lo cual la empresa entra a revisar el medidor y la acometida del inmueble.

Información de terceros o de funcionarios de la empresa que detectan que un usuario realizó una reconexión no autorizada.

Generalmente todas las investigaciones se abren, de acuerdo con informes extractados del sistema de facturación y reporte de alguna de las siguientes personas: lectores, denuncia de terceros, contratista de suspensiones, área técnica, revisiones continuas de: servicios suspendidos, servicios cortados, provisionales, invasiones.

3. ¿Cómo cobran las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios los consumos no facturados cuando detectan que un usuario se encuentra conectado ilegalmente o en forma fraudulenta?

- Aguas Manizales S.A. ESP.:
“Estos valores, se incluyen en la factura tal como se explicó en el literal H del punto 1.
Literal H punto 1: “el coordinador control usuarios revisará diariamente, el término de las notificaciones enviadas. Vencido el término previsto y de no haberse presentado recursos, procederá a facturar las sumas contenidas en el oficio UIS, incluyendo este cobro en la factura más próxima de acuerdo a la liquidación realizada”.

- Chec S.A. ESP.
“Una vez en firme el proceso sancionatorio el valor del consumo no registrado se cobra en la factura correspondiente”.
- Emtelsa S.A. ESP.
“Se facturan y, si son llamadas de larga distancia, el fraude lo asume el operador de larga distancia previa investigación. En TPBCL, no se tiene un registro de esos consumos por lo tanto no se cobran, precisamente por que se trata de actividades fraudulentas”.
- Gas Natural Del Centro S.A. ESP.
“Después de adelantar todo el trámite contemplado en la cláusula septuagésima segunda del contrato de condiciones uniformes, el cobro se hace a través de la factura”.

4. ¿Qué procedimientos utilizan para calcular el consumo realizado por el usuario fraudulento?

- Aguas Manizales S.A. ESP.
“El cálculo de los consumos no facturados a los usuarios fraudulentos se determina de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el cual establece: “Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un periodo no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes⁵⁰, con base en consumos promedios de otros periodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares o con base en aforos individuales.”

De acuerdo con lo anterior se calculan y cobran los consumos y cargos fijos si hay lugar a ello, y un valor por restablecimiento del servicio”.

- Chec S.A. ESP.:
“Los consumos se calculan con base en aforos individuales de carga, multiplicando la carga instalada que se encuentra en el momento de la revisión del inmueble por el factor de utilización y por el tiempo de

⁵⁰ Aguas de Manizales S.A. ESP. Contrato de Condiciones Uniformes de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Actividades Complementarias, Cláusula Décima Novena

permanencia de la irregularidad, tomado en horas; en todos los casos, de no ser posible establecer fehacientemente la duración de la misma, se tomará un periodo de 4.320 horas (6 meses). En caso de líneas directas con carga parcial (antes del medidor), se tomará la carga conectada a esa línea; si la línea directa está disponible sin carga o para toda la carga del inmueble, se aplica el procedimiento anterior. **Formula a tener en cuenta: consumo estimado= (carga) x (factor de utilizacion) x (tiempo de duración).**

Los factores de utilización para el cálculo del consumo son los siguientes:

Sector residencial y oficial: 0.1
Sector Comercial: 0.2
Sector Industrial: Se utilizará el factor de acuerdo con los siguientes rangos de carga instalada: Hasta 100 kw FU= 0.2; mayor de 100 y menor a 500 kw FU= 0.25; de 500 kw en adelante FU= 0.3;
Servicio Provisional: FU= 0.4.

En casos especiales, la CHEC, podrá establecer factores de utilización para una instalación determinada, que sean más acordes con la realidad de la misma.

Cuando no haya otra forma de estimar el consumo, se tomará el mayor valor entre los siguientes:

El consumo establecido con base en consumos promedios de otros periodos del mismo suscriptor o usuario que se considere que no haya tenido desviaciones significativas producto del fraude.

El consumo fraudulento no registrado el cual será igual al consumo promedio del estrato más un factor de fraudulencia que corresponda a una desviación estándar de la distribución de consumos de los clientes por estrato y que toma los siguientes valores: estrato 1: 210 kwh-mes; estrato 2: 220 kwh-mes; estrato 3: 287 kwh-mes; estrato 4: 334 kwh-mes; estrato 5: 404 kwh-mes y estrato 6: 479 kwh-mes.

El consumo calculado con base en los errores del medidor establecidos con el protocolo de revisión del medidor expedido por el laboratorio.

En caso de que resulten valores negativos de energía a recuperar, el consumo se estimará considerando el 50% de la capacidad instalada en kw, determinada a partir del componente limitante de la acometida del inmueble, multiplicada por el factor de utilización y por el tiempo de permanencia de la irregularidad, tomado en horas, aplicando el procedimiento anterior. Pgs 27 y 28 del contrato de condiciones uniformes”.

- **Emtelsa S.A. ESP.:**

“Estos cálculos no se realizan, todo se factura. Los fraudes en TPBCL, no son posibles de facturar por la empresa pues su detección es muy difícil”.

- **Gas Natural Del Centro:**

La forma como se calcula este tipo de consumos se encuentran descritas en la cláusula septuagésima del contrato de condiciones uniformes: “Para estimar el consumo fraudulento de un SUScriptor o usuario residencial, comercial o industrial, se tomará como base la carga o capacidad instalada, multiplicada por el factor de utilización. En caso que no se evidencie dicha desviación, el tiempo de la anomalía se establecerá desde el momento en que se presenta la variación entre el consumo promedio de la carga instalada encontrada en el predio, y el consumo registrado en la facturación. De no ser posible determinar con certeza el tiempo de permanencia de la anomalía, se tomará la carga instalada con un factor de utilización de 720 horas mes, multiplicado por un tiempo de anomalía de seis (6) meses y una sanción pecuniaria máxima equivalente al consumo liquidado en esta forma.

Cuando el consumo fraudulento se origina en una instalación comercial, la estimación del mismo se hará multiplicando la capacidad instalada (consumo de cada artefacto) por el tiempo de utilización diario, el cual no podrá ser inferior a ocho (8) horas, y por el periodo de permanencia de la anomalía. En caso de no ser posible establecer fehacientemente la duración de dicha anomalía, se tomarán ciento ochenta (180) días.

Si el consumo fraudulento se origina en una instalación industrial se procederá como en el caso de la instalación comercial pero el tiempo de utilización diario no podrá ser inferior a doce (12) horas.”⁵¹

⁵¹ Gas Natural del Centro S.A. ESP., Contrato de Condiciones Uniformes, Cláusula Septuagésima Segunda, Cláusula Septuagésima.

5. ¿Cómo se garantiza el debido proceso a los usuarios antes de hacerles efectivo el pago de multas o sanciones por el uso no autorizado o fraudulento de un servicio público?

- **Aguas De Manizales S.A. ESP.** Son bastantes las oportunidades. Cuando se efectúa la visita; descargos al cargo de pliegos elevado; interposición de los recursos de reposición y/o subsidiariamente al de apelación; en el momento de efectuar la revisión del medidor.

En cuestionario enviado en Marzo de 2007. Respondieron: “Para efectos de la revisión en terreno, con el fin de verificar la existencia o no de alguna anomalía, se requiere en el sitio al usuario y/o suscriptor y/o propietario y/o poseedor para que nos acompañe en la diligencia, si se niegan o no están se solicita la participación de un testigo. Si no es posible ninguna de las personas anteriores, se levanta el acta, dejando copia de la misma en el inmueble. Así mismo, podrá interponer recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación ante la superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

Sobre los medidores, no se realizan pruebas en terreno, se efectúan en el laboratorio de medidores donde los Usuarios pueden asistir para que en su presencia se verifique el estado del medidor y se hagan las pruebas pertinentes. El retiro del medidor siempre será autorizado por el usuario”.

- **Chec S.A. ESP.** “Cuando se retira un medidor al usuario se le elabora un acta de verificación y en ella aparece un párrafo donde dice: “Para garantizar el derecho a la contradicción de la prueba en caso de requerirse el retiro del medidor, el usuario/ suscriptor puede hacerse presente el día ____ del mes de ____ de ____”

En el laboratorio de calibración de la CHEC, estación Uribe Km. 2 Vía Panamericana Manizales, para presenciar las pruebas a éste, adicionalmente el usuario en todos los casos se le muestra y entrega fotocopia del protocolo de pruebas”.

- **Emtelsa S.A. ESP.** Mediante Derechos de Petición, mediante los recursos de ley ante la empresa el de Reposición y ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el de apelación.
- **Gas Natural Del Centro S.A. ESP.** Teniendo en cuenta el procedimiento seguido por la empresa y de acuerdo al CCU (contrato de condiciones uniformes), el usuario en todas las etapas de la investigación puede hacer uso de su derecho de defensa y contradicción. En la etapa preliminar se le da derecho para que durante la revisión lo asesore un técnico particular; si al momento de la revisión no se encuentra el usuario, se le informa la hora y la fecha de la nueva visita, de no ser posible su presencia o la de un familiar o conocido se adelantará la misma en presencia de un testigo el cual firmará el acta, todo esto con el fin de garantizar el derecho de defensa del usuario y/o suscriptor.

Igual sucede cuando la revisión se efectúa en el laboratorio, el medidor es retirado en una bolsa de seguridad que solo es abierta en presencia del usuario con una citación previa, allí la revisión es filmada todo el tiempo, en caso de no presentarse el usuario se le dan 5 días hábiles para que presente excusas por no asistir a la revisión, en caso de no reportarse se procede a la revisión con un testigo quien firmará el acta en constancia de estar presente en el momento de la revisión.

Es de aclarar que el usuario a esta revisión del laboratorio también puede asistir con un técnico de su confianza.

En los dos tipos de revisión en el caso de encontrar una anomalía se le da traslado al usuario para que tenga la posibilidad de contradecir la prueba.

Cuando se inicia el proceso administrativo todas las decisiones de la empresa son notificadas personalmente, o en su defecto por edicto, garantizando así el derecho constitucional de defensa del usuario.

En cuestionario remitido en marzo de 2007, respondieron: “Para garantizar el debido proceso a los usuarios que se les ha detectado un consumo no autorizado, la Empresa ha estipulado expresamente en

la Cláusula Septuagésima segunda del CCU la forma como adelantará las investigaciones respectivas”.

Analizada la información de las Empresas y de los usuarios, se pudo colegir, que debido a que no existía una norma de carácter general que regulara los procedimientos que deben seguir las empresas para determinar que un usuario había hecho uso no autorizado o fraudulento del servicio, no se podía asegurar el cumplimiento del debido proceso y la garantía del derecho de defensa y contradicción por parte del usuario que se le imputaba la infracción. Solo después de que la H. Corte Constitucional, mediante la sentencia T 270 de 2004 formuló unos lineamientos que debían seguir las empresas para determinar que un usuario era responsable por el uso no autorizado o fraudulento de un servicio público domiciliario, se puede hablar de una garantía de cumplimiento del debido proceso, pero este procedimiento es desconocido por la generalidad de las personas, y por lo tanto queda a facultad de las empresas aplicarlo o no; en razón a lo anterior, no se puede afirmar que existan garantías para el usuario sobre el derecho de defensa y contradicción frente a las determinaciones de las empresas en estos casos.

En el planteamiento de los Objetivos Específicos se propuso, además de analizar los efectos civiles y/o penales que debe enfrentar el propietario, suscriptor y/o usuario por el uso fraudulento de los servicios públicos domiciliarios de agua, energía eléctrica, telefonía fija, y gas, en Manizales, se planteó darle respuesta a otros interrogantes de la investigación a los cuales se le da respuesta a continuación:

1. Establecer los procedimientos administrativos que siguen las empresas para cobrar el servicio dejado de facturar y en que normas se apoyan.

Las normas en que se apoyan son las mencionadas anteriormente y los procedimientos según lo anteriormente mencionado son los mismos para todas las empresas excepto para EMTELSA que factura todo, pero para las otras empresas los procedimientos son:

Cálculo por promedio Histórico.

Cálculo por aforos individuales de carga.

Cálculo por promedio de Estrato o de otros usuarios en similares situaciones.

2. Definir que sanciones aplican las empresas a los usuarios fraudulentos en Manizales.

Una vez analizada la información recogida a las Empresas de Servicios Públicos de Manizales propuestas para desarrollar el presente trabajo, se concluyó que este tipo de usuarios se ven avocados básicamente a las siguientes sanciones:

- Sanciones económicas. Respecto a que les cobran el consumo dejado de facturar, más una sanción económica por el uso no autorizado o fraudulento del servicio establecido por la empresa sin estar soportado en una norma de carácter general.
- Suspensión y corte del servicio. Puede hasta llegar a la terminación del contrato de condiciones uniformes, cuando el usuario es reincidente en este tipo de faltas.
- Denuncia penal, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 256 del Código Penal.

Es indiscutible que en la mayoría de los casos, el usuario si ha hecho uso no autorizado o fraudulento del servicio, pero hay otras pocas oportunidades en las cuales el usuario desconocía totalmente la existencia de ella, pero las empresas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, que dice: "*Artículo 130. Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, y los usuarios. Adicionado por el art. 18 de la Ley 689 de 2001. El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos. Declarado EXEQUIBLE Sentencia 493 de 1997.*

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial".

En la anterior norma, se apoyan las empresas para hacer efectiva la sanción al usuario, propietario o suscriptor; en virtud del principio de solidaridad, norma que no se comparte, pues es una clara aplicación de la

responsabilidad objetiva proscrita por nuestra Constitución, pero aceptada por el Consejo de Estado de la siguiente manera *“En relación con la conducta consistente en fraude a medidores de energía la jurisprudencia de esta Corporación reiteradamente ha considerado que la responsabilidad es objetiva.”*⁵²

⁵²Sala de la Sección Primera del H. Consejo de Estado, sesión del 14 de junio de 2007.

RECOMENDACIONES

A continuación se formulan algunas recomendaciones que deben tener en consideración las autoridades encargadas de la regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios:

- Modificar las fórmulas para establecer las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, de tal forma que no se incluyan cargos por recuperación de pérdidas no técnicas, ya que éstas deben ser minimizadas por la empresa debido a que es su responsabilidad vigilar permanentemente la forma en que el usuario hace uso del servicio que ella le presta y el permitirse cobrar estos conceptos vía tarifa es trasladarle a todos los usuarios la ineficacia e ineficiencia de las empresas para vigilar a los usuarios, lo que redundaría además en disminuir hasta en un 30% el costo de determinado servicio público como es el caso de AGUAS DE MANIZALES, ya que las pérdidas no técnicas son tanto responsabilidad del Operador de Red o Distribuidor como del comercializador, es decir, del agente responsable de la prestación del servicios.
- Proponer al legislador la creación de una norma que regule de manera general el procedimiento para sancionar a los usuarios que incurran en este tipo de conductas y los contratos de condiciones uniformes solo regulen la relación Empresa – Usuario en cuanto a la forma de prestación del servicio y el precio que se deba pagar por él, pero sin que se incluya en ellos la potestad sancionatoria, como ocurre en la actualidad, ya que esta facultad debe estar expresamente en una ley concebida para establecer los procedimientos para determinar que un usuario está haciendo uso no autorizado del servicio y regular las sanciones a que se expone como sujeto activo de dicha conducta delictiva.
- Establecer como obligación de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios planteadas, para que pongan en conocimiento de las autoridades competentes cuales son los usuarios que hacen uso fraudulento y cuales son reincidentes para efectos de aplicarles las sanciones penales establecidas por el legislador para este delito, con el fin de disminuir su práctica.

- Las empresas deben establecer incentivos para las personas que denuncien a aquellas que hagan uso no autorizado o fraudulento del servicio público domiciliario ya que de esta manera se reducirían costos para encontrar a esos usuarios fraudulentos., y que se les impongan las sanciones previstas en el artículo 256 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ATEHORTUA RÍOS, Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá. Editorial Temis. 2003.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Madrid. Editorial Espasa Clape, S.A. 1999.

ENCICLOPEDIA DE LOS INVENTOS. Barcelona. Editorial Jaimes Libros S.A. 1980.

GHERSI, Carlos Alberto. “La Concepción Filosófica del Derecho del Consumo y su relación con otras disciplinas”. Política y Derecho del Consumo. Biblioteca Milenio, Colección de Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá. El Navegante Editores. 1998.

IBÁÑEZ NÁJAR, Jorge Enrique. “Los Derechos de los Consumidores y usuarios: Fundamentos Constitucionales y Desarrollo Legal”. Política y Derecho del Consumo”. Biblioteca Milenio, Colección de Derecho Económico y de los Negocios. Bogotá. El Navegante Editores. 1998.

MEJIA PALACIOS, Hugo, El Derecho de los Servicios Públicos, Editorial Derecho Vigente, 1.999.

MONTAÑA PLATA, Alberto, “El concepto de Servicio público en el Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, primera edición Abril de 2002.

MONTEALEGRE, José Orlando. Protección Legal y Procedimental de los Derechos de los Consumidores. Ministerio de Justicia y Derecho. Bogotá. 1999.

OLANO GARCÍA, Hernán. Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Quinta edición. 2000.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. 2ª edición. Bogotá. Legis. 2003.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Actualidad Jurídica, tomo IV, primera edición 2001.

VELILLA, Marco Antonio, Los Servicios Públicos Como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez 2005.

YEPES, Guillermo. "Los subsidios cruzados en América Latina". En: CONFERENCIA INTERNACIONAL, BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2003.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Gómez Sierra Francisco, Editorial LEYER, marzo de 2003.

CONCEPTO 150 de 2007 SSPD, 164 de 2006 SSPD, 167 de 2006 SSPD.

DECRETO 1303 de 1989, 1429 de 1995, 1842 de 1991, 302 de 2000.

JURISPRUDENCIA. Ley 142 de 1994, 143 de 1994, 261 de 1995, 600 de 2000, 689 de 2001.

SENTENCIA C - 041 de 2003 Corte Constitucional, C - 060 de 2005 Corte Constitucional, C - 150 de 2003 Corte Constitucional, C - 263 de 1996 Corte Constitucional, C - 292 de 2003 Corte Constitucional, C - 444 de 1998 Corte Constitucional.

SENTENCIA DEL H. Consejo de Estado del 08 de septiembre de 2005, Consejo de Estado del 14 de junio de 2007.

SENTENCIA T - 100 DE 1994 Corte Constitucional, T - 251 DE 1992 Corte Constitucional, T - 270 de 2004 Corte Constitucional, T - 441 de 1992 Corte Constitucional, T - 540 de 1992 Corte Constitucional, T - 558 de 2006 Corte Constitucional, T - 720 de 2005 Corte Constitucional, T - 772 DE 2005 Corte Constitucional

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE ÁGUAS DE MANIZALES S.A. ESP.

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.S. ESP.

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE EMTELSA S.A. ESP.

CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE GÁS NATURAL DEL CENTRO S.A. ESP.

PORTAL CHEC. <http://www.chec.com.co>

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS SSPD. <http://www.superservicios.gov.co/>

EMTELSA S.A.E.S.P. <http://www.emtelsa.com.co>

AGUAS DE MANIZALES. <http://www.aguasmanizales.com.co>

GAS NATURAL DEL CENTRO. <http://www.gasnaturaldelcentro.com.co>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – COLOMBIA. <http://www.col.ops-oms.org/Municipios/Manizales/modservicios.htm>

