



Superservicios

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios



**El futuro
es de todos**

DNP
Nacional de Planeación

20201320006011

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No. **20201320006011**

GJ-F-043 V.8

Fecha: 15/01/2020
Página 1 de 13

Señores¹
JUZGADO 02 ADMINISTRATIVO DE BOGOTA
E.S.D.

REFERENCIA: **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
DEMANDANTE: **GAS NATURAL S.A. ESP**
DEMANDADO: **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**
Y JULIO GERARDO ROJAS MENDEZ.
RADICADO: **11001333400220190018900**

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

LUIS ALFREDO RAMOS SUAREZ, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No.80.169.298 de Bogotá y portador de la T.P. No.189.645 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme con el poder adjunto, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de conformidad con el artículo 144 del Código Contencioso Administrativo.

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

UNO: Es cierto.

DOS: Es cierto, no obstante, no tenemos conocimiento desde que fecha inicia la prestación del servicio.

TRES: Es cierto.

CUATRO: Es cierto.

CINCO: Es cierto.

SEIS: Es cierto, no obstante, es importan resaltar que la fecha de inspección fue el 29 de enero y no el 20 como se manifiesta en el presente hecho.

SIETE: Es parcialmente cierto, en razón a que si bien es cierto la prueba de laboratorio realizada al medidor, arrojo unas inconformidades, el mismo informe no menciona que las mismas obedezcan a que sean por una manipulación o intervención del medidor.

OCHO: De acuerdo con lo manifestado en el documento de hallazgos, es cierto, no obstante, el mismo fue objeto de debate por parte del usuario.

NUEVE: Es cierto.

DIEZ: Es cierto.

¹ Radicado Demanda No.
Expediente Virtual No.2019132610301391E

ONCE: Es cierto.

DOCE: Es cierto.

TRECE: Es cierto, teniendo en cuenta lo que manifestó la empresa prestadora en la respuesta al recurso presentado por el usuario.

CATORCE: Es Cierto.

QUINCE: Es cierto, no obstante, es importante resaltar que la anomalía presentada solo se logro probar efectivamente durante los periodos de la visita realizada por la empresa prestadora de servicio, razón por la cual mi poderdante procedió a modificar la decisión empresarial, permitiendo la recuperación de los periodos en que efectivamente se probó la anomalía.

III. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Respecto de las pretensiones consignadas en el petitum de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas en consideración a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que me permito hacer valer.

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución SSPD-20188140343725 del 29 de noviembre de 2018, mediante la cual se resolvió recurso de apelación, contra el acto administrativo No.10150143-CF5475-2018, expedido por GAS NATURAL.

Frente a esta pretensión no es procedente que prospere teniendo en cuenta que el artículo 88 de la Ley 2011, menciona que los actos administrativos se presumen legales hasta tanto no hayan sido anulados por la respectiva Jurisdicción:

“ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”

en concordancia de lo anterior, el artículo 137 de la mencionada Ley dispone como causales de declaratoria de nulidad de los actos administrativos, cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

En ese sentido, no solo se debe desvirtuar la presunción de legalidad argumentando y probando que la decisión tomada en el acto demandado escapa a cualquier interpretación plausible de los enunciados normativos y jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, por haber sido expedido sin competencia, de forma irregular, con base en falsa motivación o con violación de las atribuciones propias asignadas a quien lo profirió sino que debe el demandante convencer al Juez Contencioso Administrativo que con la nulidad del acto administrativo se restaura el ordenamiento jurídico presuntamente violentado.

Al respecto, el Consejo de Estado ha advertido que:

“... Es así porque, si bien los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la Administración encaminadas a producir efectos jurídicos, son susceptibles de judicialización por parte de esta jurisdicción a través de las acciones establecidas en los artículos 84 y 85 del C. A. A., lo cierto es que se encuentran amparados por la presunción de legalidad derivada del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, propio de los Estados Sociales de Derecho y, por lo mismo, su control judicial se encuentra

sujeto a una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción, demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión. En efecto, entre los requisitos de las demandas contra la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 137 (numeral 4°) ibídem, exigió que en la impugnación de actos administrativos se indiquen las normas violadas y se explique el concepto de su violación. Por su parte, el inciso segundo del artículo 170 ibídem, circunscribió el efecto erga omnes de la sentencia que niega la nulidad pedida, a la causa petendi juzgada. Tales preceptos imponen limitaciones que le endilgan a esta jurisdicción un carácter rogado, en cuanto administra justicia sólo respecto de lo que le piden quienes ejercen las acciones reservadas a su conocimiento, tomando como fundamento el ordenamiento legal que le invocan como vulnerado por los actos administrativos, y los argumentos en que justifican el dicho de vulneración²...

para el caso que nos ocupa, se trata de una modificación al proceso de recuperación realizado por la empresa prestadora del servicio en razón que como se sustenta en la Resolución que hoy es objeto de debate, no se logró demostrar la anomalía que presentaba el medidor en su parte interna y externa, fuera óbice para que no permitiera la medición correcta del consumo, teniendo en cuenta las pruebas de medición realizadas al contador, por lo tanto el acto administrativo expedido por la demandada se encuentra investido de legalidad, con el fin de garantizar los derechos de los usuarios sin desconocer los de la empresa prestadora de servicios.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho se disponga lo siguiente:

2.1.- Se Confirme el Acto administrativo No.10150143-CF5475-2018, expedido por GAS NATURAL.

2.2.- Se condene a la demandada al pago de las sumas establecidas en dicho acto administrativo, esto es, TRECE MILLONES CIEN MIL SETECIENTOS PESOS (\$13.100.700) y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS (\$5.434.340), liquidadas en el acto administrativo No.10150143-CF5475-2018, expedido por GAS NATURAL, junto con los intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal vigente, calculados desde el día trece de diciembre de 2018 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Frente a esta pretensión, en la cual se solicita el pago de la suma mencionada en el acto administrativo de la empresa prestadora de servicio, se advierte que la entidad que represento no está llamada a asumirlo, pues, en primer lugar, no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto, conforme a los argumentos antes expuestos.

Y aun así, si en gracia de discusión existiese causal de nulidad configurada en el acto demandado, no existe esfuerzo argumentativo ni probatorio alguno para demostrar que el acto conculcó algún derecho del convocante. Y es que, si aún en vía de discusión se llegara a considerar una eventual declaratoria de nulidad del acto, el restablecimiento no es procedente tal como lo ha considerado el Consejo de Estado, quien en sentencia proferida el 22/09/2016 Con Ponencia del H. Magistrado Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA del Consejo de Estado - Sección primera dentro del radicado 25000-23-41-000-2013-00423-01 indicó:

Conforme aparece en la demanda, a título de restablecimiento del derecho la EAAB solicita que "se condene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a cancelar a la EAAB S. A E.S.P. los valores señalados en la decisión S-2011-178183 del 11 de marzo de 2011, es decir la suma de: DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO QUINCE MIL PESOS (sic) QUINIENTOS OCHENTA PESOS M.CTE (\$277.115. 580.00)".

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 7 de noviembre de 2012 (rad. 25000-23-27-000-2009-00056-01-18414)

No obstante, deben tenerse en cuenta las siguientes situaciones:

"En este orden de ideas, como la declaratoria de nulidad del acto acusado implica que deba quedar incólume el valor cobrado inicialmente por la EAAB conforme a la Decisión número S-2011-531148 de 9 de agosto de 2011, pero el usuario INDEGA S.A. pagó parte de la factura conforme a la reliquidación ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a título de restablecimiento del derecho se declara que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP se encuentra autorizada para cobrar a INDEGA S.A., las sumas de \$ 71.712.941.00 y \$ 62.339.451.00, saldos pendientes con cargo a las cuentas contrato No. 10203123 y No. 11331695, respectivamente, por pertenecer estos valores a la prestación efectiva de los servicios de alcantarillado prestados por la empresa demandante a la sociedad INDEGA S.A. en los predios ubicados en la Avenida carrera 96 No 24 C-94 IN 1 y en la Avenida Carrera 96 No 24 C IN 2 de la ciudad de Bogotá D.C., y por cuanto estas sumas de dinero corresponden a las dejadas de percibir por la empresa demandante con ocasión de la expedición de la Resolución No SSPD 20128140182905 del 4 de octubre de 2012 proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, declarada nula. "

Es decir, si se declarara la nulidad de la resolución de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se modificó la decisión empresarial, el efecto inmediato y natural, es que esa facturación proceda frente a usuario, ya que la decisión empresarial quedaría con vida jurídica.

TERCERO: En cuanto a la solicitud de condena en costas:

Al respecto el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 reza, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, recuerdo que desde la Sentencia 44922013 de 2016, ha venido sosteniendo que las costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o en la temeridad de las partes.

En efecto recordó que en ese pronunciamiento al sentar posición sobre esta condena en vigencia del CPACA concluyó lo siguiente:

Es "objetivo" por qué en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir se decidirá para condenar total o parcialmente o para abstenerse según las precisas reglas del Código General del Proceso.

Sin embargo se le califica de valorativo, porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron tal y como lo ordena el Código General del Proceso, esto es con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso, por esa razón en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

Así las cosas, es claro que la condena en costas debe ser valorada por el juez de tal forma que los juicios derivados de las valoraciones de los elementos probatorios tomados en consideración permiten a la contraparte saber el sustento de estos y proceder si alguien lo tiene a contra argumentarlo y exponer sus propios argumentos del por qué debió abstenerse de condenar o en su defecto porque a su juicio no se causaron.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

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

Son objeto de defensa los siguientes actos Administrativos:

No. Acto administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20188140343725	29/11/18	Resuelve recurso apelación	Dirección Territorial Centro

Los cuales se encuentran ajustados a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, tal como se expone a continuación frente a los argumentos de la demanda.

SUSTENTO DE LA DEMANDA:

4.1.1.- PRIMER CARGO: PRIMER CARGO: FALSA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO, QUE CONDUJO A LA VIOLACIÓN DEL ARTICULO 29 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.

En lo que respecta a la supuesta falsa motivación, la Sección Primera del Consejo de Estado³ afirmó que:

“... la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública. ii) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas, iii) Porque el autor del acto les ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión...”.

De la interpretación enunciada anteriormente encontramos que ninguno de los elementos se configura con la expedición de la resolución No.SSP-20188140343725 del 29 de noviembre de 2018, por cuanto:

1.- No se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública. Revisadas las actuaciones se encuentra plenamente demostrado que el fundamento se circunscribió en el hecho de que la empresa prestadora de servicios no logró demostrar que las anomalías sino durante los periodos que se realizaron las visitas técnicas, y no desde el periodo que pretendía cobrar, lo anterior se puede demostrar con los documentos allegados al expediente administrativo en los cuales se puede apreciar una serie de pantallazos de lecturas que no dan lugar a demostrar una supuesta inconsistencia en las mismas, tan solo manifiesta la empresa que el consumo no es acorde a la carga instalada, esto de acuerdo con el análisis de lecturas realizadas en el documento de hallazgos, confrontado con las inspecciones realizadas que hablan de una devolución de lecturas.

Por lo tanto, mi poderdante la Superintendencia de Servicios Públicos, tienen en cuenta las pruebas que determinan unas inconsistencias en el medidor y que fueron determinadas por las visitas de inspección y prueba de laboratorio que se le efectuó al medidor, que arrojó como no conforme.

³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16 C.P. Maria Claudia Rojas Lasso

2) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto es acorde con la realidad, toda vez que la prestadora de servicio, de acuerdo con el procedimiento realizado, el cual inicio con las visitas técnicas que efectivamente determinaron una anomalía, y se corroboraron con la prueba de laboratorio, por lo tanto el periodo que se logro evidenciar fue el de diciembre de 2017, no existe prueba que demuestre que desde el mes de Junio de 2017 se presentaron estas anomalías, y mas en cuento a que dentro de los antecedentes administrativos obra prueba documental que habla sobre un contrato de arrendamiento el cual tiene como una fecha de inicio de octubre de 2017, y el mismo puede tener correlación si se observa el consumo de los periodos anteriores al mismo.

3) La dirección territorial Centro le dio el alcance adecuado al acto administrativo, toda vez que tuvo en cuenta las pruebas que se allegaron al momento de resolver el recurso de apelación, dándole el respectivo alcance de acuerdo con los fundamentos establecidos en los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

4) Teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado para resolver el recurso de apelación llevaron con total convencimiento a la Superintendencia a determinar que no existió plena prueba que llevara a demostrar que las anomalías presentadas en el medidor fueran las que no permitieron la medición del consumo durante los cinco meses atrás de la fecha de la en que se realizó la visita técnica por parte de la empresa prestadora de servicios, por lo tanto, estas actuaciones justificaron la decisión adoptada por la entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se invidencia claramente que tanto la resolución que resolvió el recurso de apelación, están claramente motivadas dejando claro las causas que llevaron a la modificación de la decisión empresarial tomada en su momento por GAS NATURAL, razón pro la cual este cargo tampoco este llamado a prosperar.

4.1.2.- SEGUNDO CARGO: RESOLUCION No.20188140343725 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2018 INFRINGE LAS NORMAS EN LAS QUE DEBIA FUNDARSE

Frente a este cargo podemos observar que Los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1997, otorga unas prerrogativas a las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios para efectuar la investigación de desviaciones significativas de los servicios públicos que prestan, no obstante, el mismo debe estar regulado a un debido proceso con el fin de garantizar los derechos y deberes tanto de la empresa prestadora como del usuario beneficiario del servicio público.

Para el presente caso, observamos que la empresa prestadora del servicio de gas efectuó una visita el 29 de diciembre de 2017 y el 3 de enero de 2018 en las cuales solo se toma lectura del medidor, posteriormente otra el 28 de enero de 2018, en la cual hallo una lectura de 11089 m3, y se procedió a realizar una inspección en la cual se determino una supuesta inconsistencia de acuerdo con los consumos frente a la carga instalada y la actividad comercial a la que se dedica la usuaria, lo cual llevo a que la empresa procediera a retirar el medidor e instalar uno nuevo.

Dentro de la prueba de laboratorio No.2227, realizada al medidor el día 30 de enero de 2018 por la empresa GAS INSTRUMENT, se observa que se efectuó una inspección externa e interna que arrojo sin duda unas anomalías como se puede observar en el documento; igualmente en las pruebas de medición arrojaron como no conforme.

Ahora bien, como se ha manifestado en la resolución que hoy es objeto de debate, si bien es cierto que las empresas prestadoras de servicios, de acuerdo con la Ley 142 de 1997, establece que las empresas tienen la obligación de investigar las desviaciones significativas, permitiéndoles cobrar los servicios suministrados y no cobrados; estos deben estar efectivamente probados, situación que no sucedió dentro del presente caso.

Consecuente con lo anterior, se encuentra que la Superintendencia ha expedido el concepto unificado No 034 de 2016, mediante el cual se exponen la posición institucional con respecto al tema de recuperación de consumos, en donde explica el procedimiento para dicha recuperación y las maneras en los cuales procede dicho cobro, veamos:

“...5. ANÁLISIS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 150 DE LA LEY 142 DE 1994 EN LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN DE CONSUMOS.

En este punto es importante resaltar que el artículo 150 previamente transcrito, constituye una limitante temporal para el prestador en cuanto al cobro de consumos que no pudo facturar en la oportunidad correspondiente.

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

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

(i) Error del prestador

(ii) Omisión del Prestador

(iii) Consumos determinados con ocasión de una investigación por desviaciones significativas (artículo 150 LSPD)

(iv) Excepción: Comprobación del dolo de usuario

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

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

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

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

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

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

para que pueda pretender la recuperación de consumos para dichos periodos anteriores.

De otra parte, si en el marco de una investigación por desviaciones significativas, le toma al prestador más de cinco meses a partir del momento en que entregó la factura, evidenciar y/o determinar la causa de la misma y la existencia de consumos que deben ser recuperados, ya no podrá efectuarlo, tal como se planteó en los ejemplos ofrecidos anteriormente, todo lo cual se predica en sujeción al cumplimiento de los presupuestos del citado artículo 144, esto es, cuando media como causa de la falta de facturación, error u omisión del prestador, o la ocurrencia de una desviación significativa que impone una investigación para determinar un eventual consumo a ser facturado, salvo, nuevamente, que al establecer la causa de la desviación significativa se compruebe el dolo del usuario en su configuración.

En complemento es de aclarar, que el artículo 144 habla de "cobros" los cuales por definición y por ley, se efectúan mediante la expedición de un acto de facturación, de tal suerte, que los cinco meses involucrarán cualquier procedimiento que el prestador haya establecido en orden a determinar las causas de la desviación y de la eventual existencia de consumos a recuperar, así como la expedición del acto que procede para materializar dicho cobro, esto es, que si al cabo de los cinco meses de haber entregado la factura del periodo en el que se causaron los cobros no facturados, sin que el prestador haya procedido a expedir una nueva factura o un acto administrativo equivalente (en los términos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1409-2008 precitada) cobrando dicho consumo dejado de facturar en tal oportunidad, ya no podrá exigir dicho pago, excepto si interviene el dolo del usuario.

Por supuesto, un acto de facturación por cobros o consumos que no fueron facturados, expedido con posterioridad al término de los cinco meses del artículo 144, se considerará como bien lo define dicha norma, como un cobro inoportuno, el cual será susceptible de las reclamaciones y los recursos establecidos en la Ley 142 de 1994, así como de las acciones jurisdiccionales que sean procedente

Ahora bien, conviene plantearse si puede el prestador llegar por otra vía distinta a la investigación de una desviación significativa a establecer que hubo consumos no registrados en el medidor del usuario y tener el derecho a cobrar por ellos. La respuesta es necesariamente afirmativa.

En efecto, tanto el artículo 142 como el 145 de la Ley 142 de 1994, facultan tanto al prestador como al usuario para adoptar medidas tendientes a verificar la correcta ejecución y cumplimiento del contrato, así como verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo.

Es en el marco de estas facultades que las empresas de servicios públicos pueden realizar visitas técnicas de verificación del estado de la prestación del servicio, siendo igualmente posible que como resultado de las mismas se encuentre o determine la existencia de consumos que no fueron objeto de facturación por cualquier motivo y que no tuvieron el impacto necesario para configurar una desviación significativa, pero que igualmente constituyen consumos y servicios prestados por los cuales el usuario debe pagar.

En ese sentido, el prestador a través de estas verificaciones puede establecer consumos a recuperar, aplicando para ello el procedimiento de recuperación que haya establecido en su contrato, pues si bien no puede hablarse de una desviación significativa, a la luz de las definiciones

ofrecidas anteriormente, es claro que el prestador es inducido a error en la determinación de consumo facturable, debido a la irregularidad.

La determinación de la participación dolosa del usuario en la irregularidad que induce el error, será la que defina si se aplica la limitación temporal del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, o se viabiliza, de ser comprobable, una recuperación de consumos por un lapso mayor a los cinco meses.

No obstante lo anterior, como se resalta en el presente documento, indistintamente de que un prestador, por vía de la verificación o de desviaciones pueda cobrar consumos causados y no cobrados sea o no limitado a cinco meses, lo cierto es que solo puede cobrar lo que efectivamente logre probar, es decir, que no existe ninguna clase de presunción de orden legal, regulatoria, jurisprudencial o doctrinaria que faculte a un prestador para cobrar consumos a menos que pruebe fehacientemente que dichos consumos efectivamente se generaron a favor del usuario.

A manera de ejemplo, encontrándonos en el mes de junio, a través de una verificación, el prestador podría cobrar un consumo que no fue posible facturar en agosto del año anterior, pero solo podrá hacerlo si puede comprobar que en dicho mes se originó la causa y se generó el consumo que pretende cobrar ahora.

Así, si el prestador encuentra en la verificación que existe una manipulación al medidor que no causó desviación significativa pero sí consumos irregulares, a menos que pueda probar que dicha irregularidad se originó y mantuvo durante periodos anteriores al presente, solo podrá predicar el cobro del consumo que determine para el periodo en el cual se efectuó la visita de verificación.

Como puede apreciarse, se apeg a la ley indicar que el prestador puede recuperar consumos irregulares, pero igualmente opera conforme a la ley, que la carga probatoria reposa exclusivamente en el prestador en orden a demostrar que la irregularidad se cometió antes de la visita que la evidencia y más aún desde qué momento; como presupuesto para que pueda cobrar dichos periodos. De lo contrario, el prestador deberá conformarse con lo que pueda probar mediante la visita de verificación, que en principio no es más que el periodo presente en que ella se realiza..." (Negrillas fuera del texto original).

Por lo tanto, como se puede observar la empresa, no probó que los problemas que tenía el medidor comenzaron desde el periodo que pretenden cobrar, esto es desde junio del año 2017, razón por la cual mi poderdante procedió a modificar la decisión empresarial y ordenó retirar el cobro por concepto de recuperación de gas.

V.- SOCIALIZACIÓN REGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS

En este acápite por favor ilustrar al despacho judicial de manera clara y sencilla el régimen de los servicios públicos aplicable al caso en particular.

El art 150 de la Ley 142 de 1994: (...)

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

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado ⁴:(...)

"En primer lugar, la ley 142 de 1994 es el desarrollo de la exigencia Constitucional establecida en cabeza del legislador (Art. 365 Constitucional), tendiente a dictar el régimen de los servicios públicos domiciliarios. De igual manera, responde a los preceptuado por la Constitución (Art. 367 Constitucional) que busca que el legislador establezca las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.(...)Así entonces, los términos demandados del Art. 150 de la ley 142 de 1994, son el resultado de la voluntad del Constituyente de trasladar al legislador la facultad de fijar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios. Por consiguiente, la relación de los usuarios con los servicios referidos y lógicamente con las empresas prestadoras, deviene en una relación Constitucional y legal, que obliga a quien usa el servicio.(...) **En segundo lugar, la posibilidad que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas o privadas, de facturar bienes o servicios dentro del plazo legal, que no hayan sido facturados por error u omisión, proviene de las potestades propias establecidas por la Constitución y la ley; para este tipo de servicios.**(...)En efecto, dichas potestades y prerrogativas de origen legal, tiene su fundamento constitucional en la necesidad de defensa del interés general. Es así como, el Art. 365 constitucional señala la trascendencia de los servicios públicos domiciliarios en el cumplimiento de la finalidad social de Estado Colombiano.(...)En aras de alcanzar el objetivo social establecido por el Estado, la ley optó por dotar, a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de una serie de potestades que les permitieran obtener el fin perseguido. (...)Pues bien, la facultad de cobrar servicios no facturados por error u omisión, es una de las tantas formas de autotutela que utiliza la administración, para cumplir con los objetivos planteados constitucionalmente.(...)Esta potestad, cuyo origen es el cobro del servicio consumido, no solo nace de la onerosidad característica de la prestación de estos servicios, sino igualmente de la necesidad de favorecer la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia en la prestación del servicio.(...)En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos, públicas o privadas, cuentan con la potestad y por ende la posibilidad de cobrar dentro del término legal, aquellos servicios que por error u omisión suyo hayan dejado de facturar. Lo anterior, no solo por la eficacia del servicio sino igualmente por la eficiencia.(...)Es decir, en aras de la propia eficiencia que ataca el actor, es que existe la posibilidad del cobro mencionado. Debe entenderse desde luego, que dichas empresas están autorizadas por la ley para cobrar lo que realmente se les adeuda. En tercer lugar, ante las potestades inherentes en la prestación de este servicio, la misma Constitución y la ley han predeterminado unos controles necesarios para el ejercicio de dichas prerrogativas.(...)Así las cosas, cuando la administración ejerce sus potestades para corregir la facturación sea por error o por omisión suyas, dicho acto puede beneficiar al usuario a quien se le ha cobrado mas de lo debido, y en consecuencia la corrección permite volver las cosas a la legalidad. (...)No obstante, en el evento que dicho acto de corrección no sea beneficioso para el usuario y este considere que no es basado en la realidad o en la legalidad, cuenta con los mecanismos necesarios para hacer valer sus derechos.(...)En este orden de ideas, bajo el entendido que la factura es un acto jurídico emitido por una empresa prestadora de los servicios referidos, sea esta pública o privada, existe la posibilidad que ante la inconformidad del usuario, este haga uso de los mecanismos constitucionales que le permiten controvertir dicho acto. (...)Ciertamente, el usuario de los servicios públicos domiciliarios, puede ventilar sea ante la misma administración (vía gubernativa, por intermedio de quejas, reclamos, peticiones o recursos) o ante la jurisdicción contenciosa, (a través de la acciones contenciosas) todas aquellas inconformidades provenientes de las obligaciones establecidas en la factura. Así entonces, aquel usuario que no este de acuerdo con la facturación de servicios o bienes anteriormente no cobrados por errores u omisiones de las empresas prestadoras, cuenta con una amplia gama de posibilidades jurídicas para controvertir dicho cobro. Derechos estos ampliamente amparados por la Corte Constitucional.(...)

Habría que agregar también, que el plazo señalado en el artículo 150 de la ley 142 de 1994, establece un término de prescripción en beneficio del usuario y en detrimento de la empresa prestadora del servicio. Lo referido en aras del control de la potestad mencionada de la administración.(...) **En efecto, el lapso de**

⁴ Sentencia C-060/05

tiempo perentorio de cinco meses otorgado por la ley para el ejercicio de la potestad en cabeza de la administración, concede certeza al usuario y seguridad jurídica, bajo el entendido que desbordado este tiempo no podrán surgir conflictos posteriores, surgidos de la facturación, y en contra del usuario. "(subrayado fuera de texto)

Artículo 26°. Control sobre el funcionamiento de los medidores⁵. (...) El control sobre el funcionamiento de los medidores se sujetará a las siguientes normas:

a) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 142 de la ley 142 de 1994, las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.

b) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 144 de la ley 142 de 1994, no será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

c) Cuando el equipo de medida sea suministrado por la empresa, ésta deberá asumir la garantía de buen funcionamiento de dicho equipo por un período no inferior al que establezcan las normas sobre la materia o las que otorgue el fabricante de estos bienes.

d) En cuanto se refiere al transporte y distribución de gas, los contratos pueden reservar a las empresas, por razones de seguridad comprobables, la calibración y mantenimiento de los medidores.

Artículo 37°. Investigación de desviaciones significativas. Para elaborar las facturas, es obligación de las empresas adoptar mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario durante un período de facturación y sus promedios de consumo anteriores.

Parágrafo 1º. Se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.

Parágrafo 2º. La Empresa deberá practicar las visitas y realizar las pruebas técnicas que se requieran con el fin de precisar la causa que originó la desviación detectada en la revisión previa.

Artículo 38°. Facturación en caso de desviaciones significativas. Mientras se establece la causa de desviación del consumo, la empresa determinará el consumo con base en los consumos anteriores del usuario, o con los consumos promedios de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, de acuerdo con lo establecido en los contratos de condiciones uniformes. En la factura de cobro deberá especificarse la causa de la desviación.

Artículo 39°. Restablecimiento económico por desviaciones significativas. Una vez aclarada la causa de las desviaciones, la empresa procederá a establecer las diferencias entre

⁵ Resolución No. 108 (Julio 03 de 1997)

los valores facturados, que serán abonados o cargados al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el siguiente período de facturación.

Artículo 40°. Plazo máximo para realizar la investigación de desviaciones significativas y el cobro de servicios no facturados por error u omisión. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la ley 142 de 1994, al cabo de cinco (5) meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.

El tema de la recuperación de consumo dejado de facturar, se encuentra en el artículo 146 de la ley 142 de 1994, el cual dispone que: *Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.*

(...) La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario. (...).

Igualmente El Concepto Unificado 034 de 2016, expedido por la SSPD argumentó:

En este punto es importante resaltar que el artículo 150 previamente transcrito, constituye una limitante temporal para el prestador en cuanto al cobro de consumos que no pudo facturar en la oportunidad correspondiente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI.- PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por esta Superintendencia en cada uno de los actos administrativos, cuyos planteamientos nuevamente reitero, le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, se deniegue así mismo las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

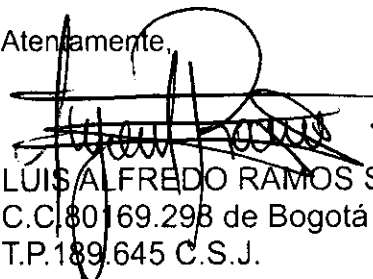
VII.- PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas los antecedentes administrativos que se allegan con la presente contestación de la demanda.

VIII. NOTIFICACIONES

Le ruego disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C.; y al suscrito en la Secretaría de su Despacho o en la carrera 81B No. 65ª-34 apto 301 de la ciudad de Bogotá.

Atentamente,


LUIS ALFREDO RAMOS SUAREZ
C.C. 80.169.298 de Bogotá
T.P. 189.645 C.S.J.

Proyectó: Luis Alfredo Ramos Suarez – abogado contratista.

Revisó: William Andres Cardenas Gallego – Coordinador Grupo de Defensa Judicial



Superservicios
Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

GJ-F-041 V. 7

Poder SSPD No 2019-3169

Señores

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ SECCIÓN PRIMERA
E.S.D.**

Ref: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Demandante: **GAS NATURAL S.A.ES.P.**
Demandado: **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**
Radicado: **2019-00189**
Ref SSPD: **20188140343725'**

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ, mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con la Cédula de Ciudadanía No. **1.143.325.642** expedida en la ciudad de Cartagena D.T. y C, actuando como Representante Judicial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Entidad, según la Resolución SSPD **20195240015255** del 27 de mayo de 2019, el Acta de Posesión **00000030** del 04 de junio de 2019 y el Decreto 990 de 2002, confiero **PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE** al Doctor **LUIS ALFREDO RAMOS SUAREZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en BOGOTÁ D.C, identificado como aparece al pie de su firma, para que represente a la Entidad en el proceso de la referencia, incluyendo a su vez la obligación de aportar en debida forma y oportunidad los documentos consignados en el Artículo 175 del C.P.A.C.A

Mi apoderado cuenta con todas las facultades consignadas en el Artículo 77 del Código General del Proceso y todas aquellas que tiendan al buen y fiel cumplimiento de su gestión. La facultad de conciliar y transigir se encuentra delimitada a los términos que señale el comité de Defensa Judicial y Conciliación, por lo que se necesitará de autorización previa, especial y escrita para la misma.

Sírvase, Señor Juez, reconocerle personería en los términos aquí señalados.

Ana Karina Méndez F.
ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ
C.C. No. 1.143.325.642 de Cartagena D.T. y C
T.P No. 218.311 del C.S.J

Acepto,

Luis Alfredo Ramos Suarez
LUIS ALFREDO RAMOS SUAREZ
C.C.No. 80.169.298 de Bogotá D.C.
T.P. No. 189.645 del C.S.J

Radicado: **20195290951452**
Expediente: **2019132610301391E**

Elaboró: Ferney Castro Prada - Grupo de Defensa Judicial
Revisó: Hugo Alejandro Ruiz Ariza - Grupo de Defensa Judicial
Aprobó: W. Andrés Cárdenas - Coordinador Grupo de Defensa Judicial

Carrera 18 No. 84-35 Bogotá D.C.- Colombia PBX: 6913005 FAX: 6913142 - www.superservicios.gov.co

Notaria 8 del Circulo de
Bogotá, D.C.

PRESENTACION PERSONAL
FABIO O. CASTIBLANCO

Ante NOTARIO Notario
8 (E) del Circulo de Bogotá, D.C. Compareció

Ana Karina Mendez Fernandez

Identificado con la C. de C. No. 1743325-092

de Cartagena y declaró que el
contenido del anterior documento es cierto y
que la firma que aquí aparece es 30 AGO 2018 T.P. 218-311

FECHA:

Ana Karina Mendez Fernandez

FABIO O. CASTIBLANCO
Notario 8 (E)



Superservicios SECRETARÍA GENERAL	EXPEDICIÓN DE COPIAS AUTÉNTICAS DE DOCUMENTOS
Dependencia SECRETARÍA GENERAL	
Fecha y hora 27/05/2019	
Función Supervisión de Servicios Públicos Domiciliarios	
TALENTO HUMANO	
ALEJANDRA CAROLINA MONTES NOTIFICADOR DESIGNADO	



DNPDS

102



CD F-002 V.11

Página 1 de 1

RESOLUCIÓN No. SSPD - 20195240015255 DEL 27/05/2019

"Por la cual se hace un nombramiento ordinario"

La Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le confiere el numeral 35 del artículo 7° del Decreto 980 de 2002

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO. Nombrar con carácter ordinario a la señora **Ana Karina Méndez Fernández**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1 143.325.642, en el cargo de libre nombramiento y remoción de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica, código 1045, grado 15, asignado a la Oficina Asesora de Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

ARTÍCULO SEGUNDO. La presente resolución rige a partir de la fecha de expedición

Comuníquese y Cúmplase

Natasha Avendano Garcia
NATASHA AVENDANO GARCIA
Superintendente

[Faint handwritten notes and stamps]

Superservicios
EXPEDICIÓN DE COPIAS AUTÉNTICAS DE DOCUMENTOS
Dependencia
SECRETARÍA GENERAL
Ciudad y fecha
Bogotá 28/10/2019
El funcionario designado para autenticar documentos hace constar que esta es la copia del documento original, que se entregó a su vista y que se ingresó en los archivos de la
Superservicios
TALENTO HUMANO
Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
ALEJANDRA CAROLINA MONTES
NOTIFICADOR DESIGNADO



183

ACTA DE POSESIÓN

Número: 00000030

Fecha: 04 JUN 2019

En la ciudad de Bogotá, D.C., ante el Despacho de la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, tomó posesión la señora ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.143.325.642, en el cargo de Libre Nombramiento y Remoción de Jefe de Oficina Asesora Jurídica, Código 1045, Grado 15, asignado a la Oficina Asesora Jurídica, nombrada mediante Resolución No. 20196240015255 del 27 de mayo de 2019, y efectos fiscales a partir de la fecha de posesión.

El funcionario prestó el juramento ordenado por el artículo 122 de la Constitución Política, prometiendo cumplir y hacer cumplir la norma fundamental y las leyes de la República y desempeñar fielmente sus deberes.

Igualmente manifestó bajo la gravedad de juramento no estar incurso en causal alguna de inhabilidad general o especial, de las establecidas por la Ley 4ª de 1992 y demás disposiciones vigentes para el desempeño de empleos públicos.

Ane Karina Méndez F.
FIRMA DEL POSESIONADO

Alejandra Carolina Montes
FIRMA DE QUIEN POSESIONA

Liliana
COORDINADORA GRUPO DE TALENTO HUMANO