

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 1 de 24

Bogotá, D.C.

Señores¹:

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 57 No 43-91 sede CAN

Bogotá

REFERENCIA: **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
DEMANDANTE: **GAS NATURAL S.A. E.S.P. – VANTI S.A E.S.P**
DEMANDADO: **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**
RADICADO: **11001333400220210002200**

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

JAKELINE GIRALDO NOREÑA, mayor de edad, abogada titulada y en ejercicio, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.392.183 de Manizales y portadora de la T.P. No. 150.931 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderada y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme con el poder remitido el 17 de agosto de 2021 bajo las directrices del Decreto 806 de 2020, me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de conformidad con el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

PRIMERO: Es cierto que VANTI S.A., E.S.P., presta al inmueble ubicado en la Calle 63 Sur No. 72 – 41 – 01, identificado con la póliza 3194, el servicio público domiciliario de distribución de gas natural.

SEGUNDO: Es cierto que se identifica como suscriptor al señor Jorge Arturo Páez Bonilla y que la destinación del servicio es para uso comercial.

TERCERO: Es cierto que obra informe de inspección del 18 de marzo de 2019, a la cuenta 3194, en donde se detectó irregularidades en el aparato de medida. Con relación al resto del hecho no me consta los indicios de que habla la demandante, por cuanto solo obra esta visita de inspección, por lo tanto, me atengo a lo probado.

CUARTO: Es cierto que, en la visita del 18 de marzo de 2019, se procedió al retiro del medidor IT/81-17-5 No. 7220761, el cual fue llevado al laboratorio Gas Instrument para su respectiva inspección, cuyo resultado arroja medidor no conforme según el informe del 2 de abril de 2019.

¹ Expediente virtual. 2021132610300090E

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 2 de 24

No se discute en el presente asunto si fue garantizada la cadena de custodia y si fue debidamente embalado y empacado para la respectiva inspección, por lo cual no tengo pronunciamientos al respecto. Con respecto al resto del hecho me atengo a lo probado.

QUINTO: Es cierto que el día 22 de mayo de 2019, la Empresa emitió el documento de hallazgos No. 10150143 – CF – 3194 – 23014 – 2019, mediante el cual se informó sobre los hechos a investigar, las pruebas practicadas y el resultado de las misma con base en lo cual se determinó el derecho a recuperar el consumo dejado de medir y facturar, durante el tiempo de permanencia de la misma.

SEXTO: Es cierto que el documento de hallazgos, indicó que el usuario contaba con 5 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación, para presentar las explicaciones al mismo, y que ni el usuario, suscriptor o propietario se pronunciaron al respecto.

Es cierto que la prestadora procedió a expedir el documento de facturación No. 10150143 – CF – 3194 – 24610 – 2019 del 27 de junio de 2019 y la factura No. G190091894².

SEPTIMO: Es cierto que el señor Lewis Suescun Mesa, actuando en calidad de encargado, reclamó mediante escrito radicado bajo la referencia 191669763 del 15 de julio de 2019, contra el documento de facturación No. 10150143 – CF – 3194 – 24610 – 2019 del 27 de junio de 2019, esto conforme a lo documentado en el expediente.

No se observó que la petición la hiciera en calidad de usuario del servicio, ni que reclamara en contra de la factura No. G190091894.

OCTAVO: Es cierto que la empresa expidió respuesta mediante la decisión No. CF – 191669763 – 3194 – 2019 del 1 de agosto de 2019, negándose a atender el fondo de reclamo, por cuanto no se acreditó la calidad en que dijo actuar.

NOVENO: Es cierto que el señor Jorge Arturo Páez Bonilla, presentó reclamo radicado bajo la referencia No. 191907318 del 15 de agosto de 2019, contra la factura No. G190091894.

DECIMO: Es cierto que Vanti Gas Natural S.A. ESP procedió a emitir el acto administrativo No. CF – 191907318 -3194 del 30 de agosto de 2019, mediante el cual se confirmó la factura No. G190091894 por valor de ONCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTE PESOS (COP\$ 11.759.120) y se otorgan los recursos de ley.

DECIMO PRIMERO: Es cierto el día 5 de septiembre de 2019, el señor Jorge Arturo Páez Bonilla, en calidad de usuario del servicio, presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, contra el acto administrativo No. CF – 191907318 – 3194 del 30 de agosto de 2019.

DECIMO SEGUNDO: Es cierto que VANTI S.A E.S.P., dio respuesta a lo señalado por el usuario en el recurso de reposición y en subsidio de apelación, mediante acto administrativo No. CF – 192070487 – 3194 - 2019 del 20 de septiembre de 2019, confirmando el acto administrativo No. CF – 191907318 – 3194 del 30 de agosto de 2019.

DECIMO TERCERO: Es cierto que la Superintendencia de servicios Públicos Domiciliarios resolvió el recurso de apelación mediante la Resolución No SSPD- 20208140065235 del 7 de abril de 2020. Es cierto que dentro de las consideraciones señaladas en el acto administrativo

² Los documentos remitidos por la prestadora para resolver el recurso de apelación no se encuentran en estricto orden cronológico, situación similar se presenta con los mismos en el traslado de la demanda.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 3 de 24

mencionó que no probó que la anomalía se hubiera presentado en los meses anteriores al hallazgo.

Con relación al resto del hecho consiste en un aparte del acto administrativo acusado y en la interpretación que la demandante de ello, razón por la cual me atengo a lo probado.

II.- EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

EN CUANTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN: Me opongo toda vez que la Resolución SSPD No. 20208140065235 del 7 de abril de 2020, fue expedida por la Dirección Territorial Centro de acuerdo con las competencias y facultades asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el régimen de servicios públicos domiciliarios vigente y el acervo probatorio obrante en el expediente de la actuación administrativa.

EN CUANTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

2.1 Aunque el acto administrativo se presume legal, ante una eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado quedaría en firme acto administrativo No. CF-191907318-3194.

2.2 Teniendo en cuenta lo manifestado por el demandante, me opongo a esta pretensión; es importante señalar que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha sido beneficiaria de la suma descontada de la facturación del usuario señor Jorge Arturo Páez Bonilla, en virtud del acto administrativo demandado, por lo que ante una eventual nulidad del acto administrativo correspondería al tercero concurrir al reconocimiento y pago del restablecimiento del derecho.

EN CUANTO A LA TERCERA PRETENSIÓN: Me opongo a esta pretensión, y ante una condena en costas y agencias en derecho, ya que las mismas surgen del reconocimiento que el juez hace al adoptar su decisión, por lo que resulta improcedente solicitar las costas y agencias en derecho.

En este sentido el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencias dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil

*Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se **presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal**. ". (Negritas fuera del texto).*

Antes de la modificación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dicha normativa facultaba al Juez a condenar en costas a la parte vencida, sin indicar cómo ni en qué casos procedía, ni cómo o en qué medida debía el Juez hacer uso discrecional de la norma, por lo tanto y en el escenario eventual de una decisión desfavorable a la entidad, no es procedente derivarse automáticamente una condena en costas para mi representada, ya que lo que el texto legal previa era un pronunciamiento sobre la condena en costas, el cual puede decidirse o bien señalando que no hay lugar a dicha condena por el comportamiento que la parte vencida tuvo en el proceso, sin dilaciones o mala fe; o por el contrario imponiendo la condena en costas, por considerar que la conducta procesal de la parte vencida ha sido dilatoria y de mala fe.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 4 de 24

En este aspecto, la jurisprudencia ha decantado este asunto y aun cuando se basó en normas anteriores, que tampoco referían cómo se cristalizaba la norma, respetuosamente me permito traer un aparte jurisprudencial de la Corte Constitucional para dilucidarlo y fundamentar la petición de no condena en costas en caso de fallo desfavorable.

Sobre este aspecto la jurisprudencia³ se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(...) Dice la norma:

“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

Dicha disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena.

Es decir que, en el caso concreto, el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

“La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia, sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

(...)

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

“Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora. (...)”.

Así mismo la Sentencia C-632/12 Bogotá D.C., agosto 15 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo índico:

³ Sentencia C-043/04 de la Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil cuatro (2004).

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 5 de 24

“(...) 4.2.11. En la sentencia C-043 de 2004 afirmó esta Corporación que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, al establecer que la condena en costas en procedimientos diferentes a las acciones públicas podía ser impuesta por el juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, no se oponía a la Constitución. En primer lugar, no existía contradicción con el artículo 90 en tanto la regla de responsabilidad allí establecida –daño antijurídico– no era aplicable a los procesos judiciales en los que podía contemplarse una regla subjetiva de responsabilidad. En segundo lugar, tampoco vulneraba el principio de igualdad al establecer una regla en materia de costas diferente a la aplicable en procesos de responsabilidad iniciados contra particulares.

La Corte, luego de referirse de manera general al fundamento y alcance de la libertad de configuración en materia procesal y probatoria, sostuvo:

*“En efecto, como repetidamente ha sido dicho por la jurisprudencia, la libertad de configuración del legislador en materia de procedimientos judiciales es amplia (v. supra), y le permite regular de manera diferente los distintos procesos, **no teniendo todos ellos que contemplar las mismas instancias, idénticos términos, iguales deberes, cargas y obligaciones de los sujetos procesales.** Los procedimientos **pueden obedecer a distintos principios**, (dispositivo o inquisitivo), y su configuración puede responder a diversas políticas legislativas dependientes de factores jurídicos y aun sociales diversos. En materia contencioso administrativa, por ejemplo, el legislador puede estimar que deben existir mecanismos especiales que induzcan a las partes a observar una conducta procesal intachable, fomentando un comportamiento acucioso que favorezca de manera especial la realización de los principios de celeridad y eficacia en aquellos pleitos que comprometen intereses públicos. Para ello **puede estimar que el carácter subjetivo de la condena en costas es un elemento coadyuvante.***

*A juicio de la Corte esta posibilidad de regular de manera distinta el fundamento de la condena en costas en las diferentes jurisdicciones **cae bajo las facultades del Congreso en materia regulación de los distintos procedimientos**, más aún si se tiene en cuenta que éstos, en sí mismos, por la diferente naturaleza sustancial de los asuntos que en ellos se ventilan, requieren de instrumentos procedimentales particulares y adecuados para la realización plena de la justicia en cada caso. En tal virtud no prospera el cargo. (...)”* (Negrillas fuera del texto).

Adicionalmente se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiarla de la condena incurrió en el proceso. siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, en este sentido la jurisprudencia⁴ ha indicado lo siguiente:

“(...) 2.4 Por otra parte, se observa que el artículo 188 del CPACA hace remisión al Código de Procedimiento Civil para la liquidación y ejecución de la condena en costas, remisión que debe entenderse, en la actualidad, al Código General del Proceso, que por remisión expresa 6 o por analogía⁷ regula la actividad procesal en los procesos contencioso administrativos, en aquellos temas no contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-.

2.5 El artículo 365 del Código General del Proceso [en adelante CGP], señala que en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez Bogotá, D.C., julio seis (6) de dos mil dieciséis (2016) Radicado número: 250002337000-2012-00174-01 [20486]

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 6 de 24

en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)

2.6 Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

5.1.8 La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 3659. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 36610, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (Subraya y negrilla de la Sala).

2.7 Conforme con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la condena en costas, en los términos previstos en el artículo 365 del CGP, surge de la derrota de una parte en el proceso o de la decisión desfavorable del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Lo que no obsta para que se exija “prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”.

2.8 Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa [regla nro. 1, 3, 4 y 5] «“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” »¹¹ (Negrilla original).

2.9 En efecto, para la Sala, atendiendo el tenor literal del 365 del CGP, en principio, la parte vencida en el proceso o en el recurso “tendría que ser condenada a pagar las costas de ambas instancias”. “Sin embargo, tal circunstancia está sujeta a la regla del numeral 8, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando, en el expediente, aparezcan causadas y, siempre y cuando, estén probadas¹², es decir, se reconoce como requisito específico para que haya lugar a la condena en costas que efectivamente se hayan causado y que la parte interesada haya aportado los medios de prueba idóneos que acrediten tal hecho.

2.10 En otras palabras, conforme con el artículo 188 del CPACA, cuando el juez

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 7 de 24

disponga sobre la condena en costas, tendrá que consultar las reglas previstas en la norma en cita, dentro de las que se encuentra el número ocho (8) que prevé que “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

(...)

2.12 Finalmente, aunque el recurso de apelación se resuelve en forma desfavorable a la parte demandante –apelante-, no se le condena en costas en esta instancia, porque en el expediente no se probó su causación. (...) (Negrillas fuera del texto original).

III. 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 el acto administrativo demandado, las que soporto y complemento con los siguientes argumentos, atendiendo los planteamientos de la demanda:

Es objeto de defensa el siguiente acto Administrativo:

No. Acto administrativo	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20208140065235	7 de abril de 2020	Resuelve recurso de apelación	Dirección Territorial Centro

El cual se encuentra ajustada 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:

El escrito de la demanda, señalaron los siguientes cargos: i) Falsa motivación del acto administrativo, que condujo a la violación del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, ii y iii) La resolución 20208140065235 del 7 de abril de 2020, infringe las normas en las que debería fundarse. Una vez revisados los argumentos expuestos por la demandante y al determinar que los mismos hacen referencia a los mismos hechos, se procede a unificarlos de la siguiente manera:

FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE CONDUJO A LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Y INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN LAS QUE DEBÍA FUNDARSE

Señaló que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a violado el artículo 29 de la Constitución al ignorar por completo los hechos y las pruebas presentadas por VANTI S.A E.S.P., dentro del procedimiento de recuperación de consumos contra el predio del usuario señor Jorge Arturo Páez Bonilla.

Indicó que la Entidad incurrió en falsa motivación, por cuánto omitió tener en cuenta los hechos que fueron probados durante la investigación que se realizó al predio del usuario, los cuales constituyeron una prueba indiciaria, que daban derecho a VANTI S.A E.S.P., a recuperar el gas que no se facturó.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 8 de 24

Argumentó que la resolución No 20208140065235 del 7 de abril de 2020, infringió las normas en que dicho acto debió fundarse, esto es los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

Mencionó además, que cómo pudo analizarse al existir una anomalía en la medición de un servicio público, la empresa que presta el servicio puede iniciar una investigación con el fin de determinar si está contabilizando el servicio forma correcta, posterior a ello si no se puede establecer el consumo correcto por acción u omisión del usuario la empresa tiene derecho a facturar de nuevo los consumos que no se facturaron hasta por 5 periodos, y que en el presente caso VANTI S.A E.S.P., decidió iniciar la investigación correspondiente encontrándose con las alteraciones e irregularidades durante la investigación administrativa y que los análisis técnicos del informe de laboratorio expedido por GAS INSTRUMENTAL dio como resultado medidor NO CONFORME.

Por ultimo concluyó, que al expedirse la resolución No. 20208140065235 del 7 de abril de 2020, y al no reconocer los cinco (5) meses a los que tenía derecho, se infringió la norma en la que dicho acto debió fundarse, esto es, el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, así como el artículo 2º de la Ley 142 de 1994, al impedir que VANTI S.A E.S.P., pueda prestar un servicio eficiente.

SUSTENTO DE LA LEGALIDAD RESPECTO DE ESTE CARGO

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificadas por el artículo 13 de la ley 689 de 2001, de control y vigilancia frente a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, le corresponde resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 (numeral 29).

El artículo 154 ibidem, estableció mecanismos que hacen posible la defensa de los derechos de los usuarios y suscriptores, entre ellos los de poder presentar reclamaciones ante las empresas prestadoras de servicios públicos, mediante derecho de petición. No obstante, la defensa permitida encuentra una limitante, en cuanto que establece que *"En ningún caso proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos"*.

Aunado a lo anterior el art 150 de la Ley 142 de 1994: (...) 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.

Artículo 26º. 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, cuan-

⁵ Resolución No. 108(Julio 03 de 1997)

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 9 de 24

do 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.

Ahora con respecto al 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. (...)

Ahora con relación a la violación del debido proceso que se le endilga a la Superintendencia al supuestamente no tener en cuenta las pruebas aportadas dentro del proceso de recuperación de consumos del usuario señor Jorge Arturo Páez Bonilla, es necesario indicarle al Despacho que dicha afirmación no es cierta, por cuanto al revisarse el contenido de la Resolución No.20208140065235 del 7 de abril de 2020, se observa que la Dirección Territorial Centro si tuvo en cuenta cada una de las pruebas aportadas, veamos:

"...De acuerdo con lo anterior, en el presente caso, verificada la anomalía que plasmó la empresa en la visita del 18/03/2019, en la cual a su vez se retiró el medidor y se envió al laboratorio a fin de ser examinado y con el informe de laboratorio N° 4594 del 02/04/2019, determinó que se realizó la inspección interna y externa, registrando medidor no conforme. Se observa durante la actuación adelantada por la empresa, que el usuario fue enterado del procedimiento, se dio traslado de las pruebas, y posteriormente la empresa resuelve imponer el cobro del concepto de consumo de gas natural por ductos no pagado durante el periodo de 5 meses, por valor de \$10.798.087, cobro proveniente desde la fecha de la inspección técnica 18/03/2019, hacia atrás, dando aplicación al artículo 150 de la Ley 142 de 1994...

Conforme a todo lo anterior y teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio, no probó que la anomalía se hubiese presentado en los meses anteriores a la fecha del hallazgo (visita de inspección), dado que las únicas actas aportadas al expediente son el acta de inspección técnica del 18/03/2019 y la prueba del informe del

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 10 de 24

laboratorio que fue realizada en el periodo de abril de 2019, razón por la cual la empresa no puede recuperar más de un período de facturación, si no se logra demostrar que la irregularidad se sostuvo en el tiempo, toda vez NO existe presunción de naturaleza Constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria que le permita a los prestadores recuperar consumos de periodos respecto de los cuales no prueba plenamente la existencia de irregularidades que impidan la efectiva medición del consumo, ni la determinación del consumo facturable. Por tanto, en ausencia de elementos probatorios adicionales, el prestador solo podrá recuperar los consumos para el o los periodos en que realizó la visita y en últimas logró probar la existencia de irregularidades, que para el caso es la anomalías en terreno y las anomalías internas y externas corroboradas en informe de inspección de laboratorio...”.

Ahora dentro de las decisiones empresariales indicó VANTI S.A E.S.P., que los meses para los cuales procedía la recuperación de consumos comprendía las vigencias entre el 1 de octubre de 2018 al 1 de marzo de 2019, y que con fundamento a las siguientes pruebas procedía su cobro, veamos:

- Informe de inspección y retiro del medidor del 18 de marzo de 2019
- Registro fotográfico poco legible
- Informe técnico de laboratorio 4594 del 2 de abril de 2019. Resultado de la inspección no conforme
- Histórico de lecturas antes y después del cambio del aparato de medida

Ahora bien, con base en la visita ejecutada el 18 de marzo de 2019 y el reporte del laboratorio, se determinó que el medidor no era apto para medir el consumo, razón por la cual en dicho periodo se encuentra probada la irregularidad.

Esto constituye la razón por la cual la empresa no puede recuperar más de un periodo de facturación, la empresa no logró demostrar que la irregularidad se sostuvo en el tiempo, toda vez que no existe presunción de naturaleza constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria que le permita a los prestadores recuperar consumos de periodos respecto de los cuales no prueba plenamente la existencia de irregularidades que impidan la efectiva medición del consumo, ni la determinación del consumo facturable. Por lo tanto, en ausencia de elementos probatorios adicionales, el prestador VANTI S.A E.S.P., sólo podrá recuperar los consumos para el periodo en que realizó la visita y en últimas logró probar la existencia de la irregularidad en el aparato de medida.

Por lo tanto, conforme 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 probar de manera clara dentro del expediente para que pueda pretender la recuperación de consumos para dichos periodos, en este sentido el concepto en comento también indico:

En este sentido, la Entidad con el objeto de salvaguardar los derechos de los usuarios, consideró que, la prestadora solo puede recuperar los consumos, de aquellos periodos en que logre probar que efectivamente se presentó la irregularidad y no simplemente mencionar que por el hecho de que la prueba de laboratorio al medidor diera como resultado no conforme en X periodo, ya por este simple hecho, se diera por sentado que el medidor estuvo en mal funcionamiento en todas las vigencias anteriores.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 11 de 24

De acuerdo con los argumentos indicados, es importante precisar que es con las pruebas que fueron parte de la investigación por recuperación de consumos, fue que la Entidad entro a verificar si con dicho material probatorio había lugar a la recuperación de consumos y por cuanto tiempo procedía el mismo.

Consecuente con lo anterior, se encuentra que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios 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 [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.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 12 de 24

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 [150](#), 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 [150](#) habla de “cobros” los cuales por definición y por ley, se efectúan mediante la expedición de un acto de facturación, de tal suerte, que los 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-[1010](#)-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 [150](#), 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 [143](#) 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 servi-

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 13 de 24

cio, 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 apega 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)

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 probar de manera clara dentro del expediente para que pueda pretender la recuperación de consumos para dichos periodos, en este sentido el concepto en comento también indico:

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 14 de 24

“...7.2. Obligaciones de los Prestadores para garantizar el debido proceso en la recuperación de consumos dejados de facturar.

De lo expuesto previamente, se tiene que los prestadores deben garantizar a los usuarios el derecho de contradicción y de defensa no solo a partir de la expedición del acto de facturación del consumo a recuperar, sino durante la actuación desplegada precedentemente y que le llevó a concluir la procedencia de dichos cobros, pues ello puede ser objeto de controversia por parte del usuario en sede de reclamación y de recursos.

En ese sentido, conviene recordar que el debido proceso se garantiza entre otras formas cuando se le indica al usuario, en el caso de servicios públicos domiciliarios, los medios de prueba que proceden en cada actuación; cuando se determinan los plazos y términos dentro de los cuales podrá actuar el usuario para ejercer su defensa; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; cuando se le da a conocer el usuario el mecanismo bajo el cual se procederá a la determinación del consumo dejado de facturar (que como ya se advirtió solo puede obedecer a los establecidos en el artículo [146](#) de la Ley 142 de 1994); y, cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos.

Ahora bien, no existe en el régimen de servicios públicos, la Ley [143](#) de 1994, ni la regulación vigente, un procedimiento o trámite expresamente definido para efectos de establecer la existencia, cantidades y forma de cobro de los consumos efectuados por un usuario y que no ha sido objeto de facturación; y no corresponde a esta Superintendencia establecer dicho procedimiento, ni indicar qué clase de actos o decisiones deben ser proferidas, y mucho menos el orden en que ello debe ocurrir.

*No obstante, dentro del procedimiento de investigación de la anomalía o irregularidad que dará origen al cobro de los consumos dejados de facturar debe garantizarse entre otros aspectos: (i) el derecho de defensa del usuario en todas las acciones que despliegue la empresa, (ii) **que la decisión que culmine el proceso y conlleve a determinar a cuánto asciende el consumo no facturado esté debidamente motivada y que se encuentra igualmente explicado cómo se determinó el consumo efectuado y no facturado**, (iii) el conocimiento y ejercicio de su defensa frente a los medios de prueba que serán utilizados por cada una de las partes, (iv) las formas de notificación con indicación de los recursos, y (v) el ejercicio mismo de los recursos.*

En consecuencia, es dable concluir que la garantía al debido proceso que debe mantenerse durante toda la actuación de definición de la existencia y determinación del consumo que existió pero no fue facturado, puede plantearse como la obligación del prestador de definir en su contrato de condiciones uniformes, un procedimiento de investigación de las causas y existencia de un consumo no registrado, efectivamente tomado por el usuario y que debe ser facturado, dentro del cual se garantiza la completa interacción del usuario en cada una de las etapas que se ejecuten, de acuerdo con las previsiones legales, técnicas, reglamentarias y regulatorias existentes.

No se trata entonces, a manera de ejemplo, de que el usuario deba tener derecho a ingresar al laboratorio a vigilar como se ejecuta la prueba, pero sí puede tener derecho a conocer el protocolo de revisión, la forma y el término en que puede interactuar con dicha prueba desde su inicio con el retiro del medidor, su ejecución y su resultado en orden a impugnarla.

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 15 de 24

Lo mismo se predica de cada actuación y prueba a realizar que el prestador involucre en el procedimiento para recuperación de consumos, pues cada prueba, dependiendo de su naturaleza, sea documental, testimonial, pericial, etc., tiene su propia formalidad en el Código General del Proceso, de acuerdo con la cual, las partes tienen derecho a interactuar y controvertir, y el prestador debe garantizar en cada caso, que el usuario tenga pleno acceso a ese derecho y a cada oportunidad de contradicción y de defensa.

En ese escenario, cuando el prestador expida el acto de facturación, el usuario habrá estado presente en toda la actuación que le dio origen, conocerá el acervo probatorio y habrá ejercido su derecho de contradicción y defensa, sin perjuicio además de presentar reclamación e interponer los recursos contra dicha decisión en los términos del artículo [154](#) de la Ley 142 de 1994, y de la posibilidad de solicitar también en dichas instancias, las pruebas que aún considere necesarias.

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

De esta manera, a modo de ilustración, en el marco de una actuación administrativa que tenga por objeto la determinación y el cobro de consumos dejados de facturar, será exigible al prestador, el cumplimiento de las siguientes previsiones:

- El Contrato de Condiciones Uniformes. El prestador deberá atender cada una de las etapas y trámites que haya contemplado en su CCU para la determinación y prueba de los eventos fácticos que viabilizan la recuperación de consumos.

- Normatividad aplicable en materia de procedimientos técnicos o de protección a usuarios y/o seguridad, expedida por los Ministerios de Minas y Energía - MME o De Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT, así como por las Comisiones de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG o de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.

*- Normas de naturaleza procesal, **en particular aquellas relacionadas con los medios de prueba procedentes y las reglas que, en virtud de la naturaleza de cada medio probatorio resultan aplicables para su decreto y práctica, en especial, las que contemplan oportunidades procesales para la intervención de los interesados.***

Ahora bien, como ya se expuso, el acto de facturación debe acompañarse de un documento que contenga (i) los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, (ii) la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y (iii) el cálculo del mismo.

Dentro de dicho documento es necesario que el prestador indique expresamente la procedencia de todos los medios probatorios permitidos por la ley, en orden tanto a verificar como a desvirtuar los aspectos que allí se acrediten.

De igual manera, resulta necesario que el prestador identifique el periodo desde el cual procede o para los cuales procede la recuperación de consumo y de ser posible, identificar las fechas de comienzo y finalización de la irregularidad.

Frente a la determinación del consumo facturable, nuevamente corresponde advertir que el prestador solo podrá calcularlo en los términos del artículo [146](#), esto es, (i) por promedio de los últimos consumos registrados del mismo suscriptor, (ii) por promedio de

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 16 de 24

otros suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o (iii) por aforos individuales.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, éstos deben corresponder con las causales establecidas en el artículo [150](#) de la Ley 142 de 1994, esto es: (i) error, (ii) omisión, o (iii) investigación de desviaciones significativas; considerando en todo

caso, que eventos no atribuibles al prestador o al usuario pueden inducir al prestador a un error en la determinación del consumo facturable. Así mismo, se predica de las acciones atribuibles al usuario tendientes a evitar que el prestador logre determinar dichos consumos, pues ello también conduce a una inducción al error al prestador en la elaboración de la factura y los consumos que allí refleja.

En lo que atañe a los fundamentos técnicos, el prestador debe determinar con claridad la naturaleza y el alcance de la irregularidad o anomalía evidenciadas, sean fallas, fugas, intervenciones, etc.

Dentro de los fundamentos técnicos y jurídicos deben reflejarse las actuaciones adelantadas y los resultados evidenciados...". (Negrillas fuera del texto).

Por lo tanto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha violado el artículo 29 de la Constitución, por cuanto la resolución expedida tuvo en cuenta todos los hechos y las pruebas presentadas por VANTI S.A E.S.P., dentro del procedimiento de recuperación de consumos contra el predio del usuario señor Jorge Arturo Páez Bonilla.

Con relación a la falsa motivación al no haber tenido en cuenta los hechos indiciarios y los que aparentemente estaban demostrados, me permito mencionar las siguientes apreciaciones:

i) Si la prestadora era consciente de que los consumos registrados por el aparato de medida ubicado en el predio al parecer no eran acordes con la carga instalada, porque no actuó desde el primer momento que evidencio este hecho, sino que dejo pasara indefinidamente el tiempo.

ii) En relación a la carga instalada, mencionó que lo que debería registrar el predio sería un aproximado de 1.448m³. Ahora del cálculo para el consumo promedio antes del cambio del aparato de medida se registra un aproximado de 100m³, situación que si bien es cierto vario después del retiro del medidor, en donde se registra un aproximado de 488m³⁶, no es cercano al calculado por la prestadora veamos:

“ ...

⁶ Pantallazos que reposan en el folio 16 de los antecedentes administrativos

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 17 de 24

-	011119	3920	3	510	REAL	GAS A	051119	510
	130418	3410	3	-4437	REAL	ANULA	051119	GAS M 0 13041
8	1019	3410	3	483	REAL	GAS A	031019	483
	020919	2927	3	563	REAL	GAS A	040919	563
	010819	2364	3	516	REAL	GAS A	030819	516
	020719	1848	3	536	REAL	GAS A	040719	536
	190319	1312	3	8834	REAL	GAS M	180619	8834
	010619	1312	D 3	545	REAL	GAS P	060619	545
	020519	767	D 3	519	REAL	GAS P	060519	519
	010419	248	D 3	248	REAL	GAS P	040419	248

...”

De la información relacionada anteriormente encontramos que no existe un registro de consumo similar al calculado en los periodos posteriores al cambio del medidor que le den justificación a la prestadora de que efectivamente el consumo promedio calculado se ajusta a la realidad del predio.

Adicionalmente y con relación a las fallas detectadas en el aparato de medida, este hecho por sí solo no puede ser la justificación para la recuperación de los 5 meses que pretende VANTI facturar, observemos que no hay otras actas de inspección y/o tomas de lecturas para cotejar y comparar los consumos, por lo tanto, se podría predicar que no se encuentran probados los supuestos hechos.

Con respecto a la infracción a las normas en las cuales debió fundar su acto administrativo, es necesario indicar que en ningún momento la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha desconocido la aplicación de los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, tanto así que es con fundamento en dicha normativa que la Entidad ordeno a la prestadora la modificación de su acto empresarial, por cuanto el problema del que adolece la actuación de la prestadora es de un tema probatorio, al no probar que efectivamente la irregularidad en el aparato de medida su presento en los meses anteriores al hallazgo y posterior dictamen del laboratorio.

Ahora con relación al artículo 365 de la Constitución Política de Colombia y artículo 2º de la Ley 142 de 1994, no es cierto que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con su actuar le esté impidiendo a la prestadora el ejercer el adecuado procedimiento de recuperación de consumos y que con ello se evite también la prestación efectiva del servicio.

Como se ha indicado a lo largo de este escrito, al no estar probada que la irregularidad en el aparato de medida se mantuvo en el periodo que se pretendía recuperar por la prestadora, no le era procedente a la Entidad confirmar los cobros facturados en el proceso de recuperación de consumos. Este hecho no significa que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pretenda obstaculizar dichos procedimientos, toda vez que ella resuelve con el material probatorio allegado para resolver el recurso de apelación presentado.

Con fundamento en todo lo expuesto, se solicita al Despacho que deniegue las suplicas de la demanda al no encontrarse probas las imputaciones señaladas.

V.- EXCEPCION

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 18 de 24

Me permito poner en consideración del Despacho las siguientes razones por las cuales considero que opero el fenómeno jurídico de la caducidad:

El artículo 1 del Decreto Legislativo 564 del 15 de abril de 2020, señaló que la suspensión para contabilizar el término de caducidad, aplica **únicamente** para la presentación de demandas ante la Rama Judicial y Tribunales Arbitrales:

*“Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios control o **presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales**, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales. (...)”*

De acuerdo con lo establecido en la norma transcrita, las solicitudes de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad⁷ del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, quedaron excluidas de la suspensión de términos, razón por la cual debían ser presentadas ante el Ministerio Público dentro de los cuatro meses que establece el artículo 164 del CPACA:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (...)”

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...)”

En efecto, el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 estableció las pautas para la radicación y trámite de las solicitudes de conciliación prejudicial, garantizando así el cumplimiento de requisito de procedibilidad:

“Artículo 9. Conciliaciones no presenciales ante la Procuraduría General de la Nación. En la radicación de solicitudes de convocatoria y en el trámite de las conciliaciones que sean de competencia de la Procuraduría General de la Nación, se promoverán y privilegiarán los procedimientos no presenciales, de acuerdo con las instrucciones administrativas que imparta el Procurador General de la Nación, para lo cual se acudirá a las tecnologías de la comunicación y la información. Los acuerdos conciliatorios gestionados mediante audiencias no presenciales se perfeccionarán a través de los medios electrónicos utilizados o mediante el uso de correos electrónicos simultáneos o sucesivos. Con lo anterior, el procurador de conocimiento suscribirá el acta en la que certificará los acuerdos alcanzados o emitirá las constancias, según corresponda y cuando sea necesario las remitirá para aprobación a la

⁷ **Artículo 161 CPACA. Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (...)”

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 19 de 24

autoridad judicial competente.

El Procurador General de la Nación de acuerdo con la valoración de las circunstancias específicas de salubridad y capacidad institucional podrá suspender la radicación y/o el trámite de solicitudes de convocatoria de conciliaciones en materia civil, de familia y comercial que se lleven a cabo en los centros de conciliación de la Procuraduría General de la Nación a nivel nacional, así como de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo adelantada por los agentes del Ministerio Público.

En el evento en que se suspenda la posibilidad de radicación de solicitudes de convocatoria de conciliaciones, no correrá el término de prescripción o caducidad de las acciones o de los medios control, respectivamente, hasta el momento en que se reanude la posibilidad de radicación o gestión de solicitudes.

Modifíquese el plazo contenido en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001 para el trámite de las conciliaciones extrajudiciales en materia civil, de familia, comercial y de lo contencioso administrativo a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el cual será de cinco (5) meses. Presentada copia de la solicitud de convocatoria de conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos ante la entidad convocada, el Comité de Conciliación contará con treinta (30) a partir de su recibo para tomar la correspondiente decisión.

Los términos previstos en el inciso anterior serán aplicables también a las solicitudes de convocatoria de conciliación extrajudicial radicadas con antelación a la vigencia del presente decreto y que aún se encuentren en trámite al momento de la expedición del mismo.

Lo dispuesto en el presente artículo tendrá vigencia hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Mediante Resoluciones 127 del 16 de marzo de 2020 y 193 del 30 de abril de 2020, la Procuraduría General de la Nación reglamentó el artículo 9 de Decreto 491 de 2020, sin que se suspendiera la recepción de solicitudes de conciliación prejudiciales.

Del anterior recuento se extrae que el plazo de los 4 meses que contempla el artículo 164 del CPACA, para el ejercicio oportuno de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inició desde 16 de abril de 2020 y que el término de los cuatro meses vencía el 16 de agosto de 2020, para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previo agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, cuyo tenor establece:

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009⁸, el término de caducidad se suspende en los siguientes eventos:

“ARTÍCULO 3. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción de caducidad, según el caso, hasta:

⁸ “Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 20 de 24

a) que se logre el acuerdo conciliatorio o;

b) se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001 o;

c) se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero. (...)”.

En consecuencia, tenemos que la prestadora tenía hasta el 16 de agosto de 2020, para radicar la solicitud de conciliación prejudicial, actuación con la cual se suspenderían los términos judiciales y dicho termino fue interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial ante la procuraduría el 12 de junio de 2020 y en donde se expidió constancia de agotamiento del trámite prejudicial el día 25 de septiembre de 2020.

Por lo tanto, el termino se reanudo el 28 de septiembre de 2020 y la demanda fue radicada en las oficinas de apoyo de los juzgados administrativos el 26 de enero de 2021, fecha para la cual habían transcurrido más de cuatro meses, sin que le fueran aplicables las suspensiones de términos.

VI.- JURISPRUDENCIA

Sentencia SU.1010/08. Sala Plena de la Corte Constitucional, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil ocho (2008).

“...7.3. Respecto de la facultad de efectuar el cobro por el servicio consumido y no facturado, el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el cual consagra el derecho que le asiste tanto a la empresa como al suscriptor o usuario a obtener la medición de los consumos mediante los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles, establece:

“ARTÍCULO 146. LA MEDICIÓN DEL CONSUMO, Y EL PRECIO EN EL CONTRATO. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

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. (...)” (Negrilla fuera de texto)

De la norma en mención se desprende que dicha facultad puede ser ejercida por las empresas de servicios públicos domiciliarios, en aquellos eventos en los que efectivamente se prestó y consumió el servicio público respectivo, pero no fue posible realizar la medición con los instrumentos técnicos establecidos para el efecto y siempre

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 21 de 24

que esta situación no sea imputable a una acción u omisión de la empresa, ya que en este último supuesto, la prestadora perderá el derecho a recibir el precio correspondiente.

Adicionalmente, el referido artículo dispone que en estos casos el valor a pagar podrá establecerse con base en (i) los consumos promedios de otros períodos registrados por el mismo suscriptor o usuario; (ii) los consumos promedios de otros suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares o, finalmente, (iii) en aforos individuales, según lo dispuesto en el contrato de condiciones uniformes.

La norma consagra los supuestos en los que la empresa puede hacer uso de esta facultad de la siguiente manera:

(i) Cuando la falta de medición no sea imputable al suscriptor o al usuario del servicio ni tampoco a la empresa prestadora del mismo.

(ii) En el caso del servicio público de acueducto, cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble.

(iii) Cuando la falta de medición tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, caso en el cual, además de que la empresa puede determinar el consumo en las formas señaladas anteriormente, habrá justificación para proceder a la suspensión del servicio o a la terminación del contrato.

De igual forma, el artículo 149 de la Ley 142 de 1994 le impone a las empresas de servicios públicos domiciliarios la obligación de investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores, caso en el cual, mientras se evalúa la causa, la factura se elaborará mediante los mecanismos atrás señalados. Una vez se establezca la causa de la desviación “las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso”. Pasados cinco meses a partir de la entrega de la factura respectiva, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, excepto en los casos en los cuales se compruebe dolo del suscriptor o usuario^[70].

Así las cosas, es claro que el legislador facultó a las empresas de servicios públicos domiciliarios para recuperar el costo del servicio que ha prestado pero respecto del cual no ha recibido el pago, potestad que encuentra fundamento precisamente en la onerosidad que le es propia a este negocio jurídico, la cual, como se señaló con anterioridad, implica que el hecho de la prestación genere para la empresa el derecho de recibir el pago del servicio prestado. Adicionalmente, ésta se deriva del deber que tienen todos los usuarios de no trasladar a los demás el costo o carga individual por el acceso y disfrute del servicio y de la obligación contractual que éstos adquieren al momento de suscribir el contrato de condiciones uniformes...”.

Concepto S-2011-004385 - CREG Comisión de Regulación de Energía:

“...Finalmente, las desviaciones significativas, en el servicio público domiciliario de energía eléctrica tienen relación con el concepto de “recuperación de energía”, debido a que, de acuerdo con la normativa en materia de servicios públicos domiciliarios, se permite a las empresas de servicios públicos el derecho a facturar los consumos que no se hayan facturado por problemas en la medición. De igual forma, consagra la forma en la que se calculará ese consumo: según lo dispongan los contratos uniformes, por

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 22 de 24

promedio de los últimos consumos del mismo suscriptor, o por promedio de suscriptores similares o por aforos individuales.

Este tema ha sido objeto de análisis por parte de la Honorable Corte Constitucional, la cual, en su jurisprudencia, ha establecido que nada impide a las empresas prestadoras de servicios públicos, procurar el cobro unilateral de consumos efectuados y no pagados por el usuario, empleando para ello los mecanismos legales disponibles. Sobre éste punto expuso el Alto Tribunal:

“Por las anteriores razones, esta Sala de Revisión considera que el cobro de la energía consumida dejada de facturar no corresponde a una sanción pecuniaria, ajustándose sí a las prerrogativas concedidas por los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994. Además, tal cobro se realiza por medio de una factura adicional, contra la cual puede interponer el usuario los recursos de la vía gubernativa”. Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2007. (Resaltado fuera de texto)

Así mismo, se expresó en una sentencia posterior, la cual recoge el criterio expuesto por la Corte hasta ese momento:

“La corte aclaró que cosa distinta en el cobro por el servicio consumido pero dejado de facturar, para el cual las empresas de servicios públicos se encuentran facultadas para recuperarlo

*Por otra parte, dado que por expresa disposición del artículo 149 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran facultadas para cobrar el servicios efectivamente consumido pero respecto del cual no han recibido el pago, las empresas accionadas **podrán en estos casos, realizar nuevamente la facturación por este aspecto, trámite en el cual se le deberá indicar de manera clara, precisa y explicativa el valor del servicio consumido y dejado de facturar y la fórmula que se utilizó para su cálculo,** sin que en ningún caso se pueda incluir o considerar valores por concepto de sanciones pecuniarias.” Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008. (Resaltado fuera de texto)*

Bajo este análisis, se entiende ajustado que las empresas tomen las medidas legales y contractuales que estén a su alcance para determinar los consumos no facturados y para obtener su pago, en los términos y condiciones señalados en estas disposiciones, con la claridad de que la facturación de consumos no cobrados en periodos anteriores, por las causales señaladas en la ley.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que ante la existencia de una situación irregular que genere un proceso de “recuperación de energía”, puede generarse ya sea por circunstancias imputables al usuario y/o suscriptor o a la empresa de servicios públicos domiciliarios, sin embargo, se debe predicar la existencia de una cantidad de energía suministrada pero no medida, así mismo, la existencia de una anomalía o imposibilidad de la medición.

Sin embargo, no debe confundirse la “falta de medición”, con la “ausencia de lectura del medidor”; debido a que en el primer caso aplica el artículo 146 de la ley 142 de 1994, en tanto que en el segundo se aplica el artículo 150 de la misma ley. Esto debido a la diferenciación que adopto el Honorable Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente, Rafael Lafont Pianeta Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación: 25000-23-24-000-2003-00456-0 respecto a que no se puede confundir la falta de medición, con la no lectura

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 23 de 24

existiendo medidor, y por tal omisión no facture de manera oportuna, de conformidad con el artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

Por último, en relación con el procedimiento para determinar los consumos dejados de facturar, la forma en que éste se establezca en los contratos de condiciones uniformes, debe estar sustentado en las garantías fundamentales del debido proceso administrativo, de tal manera que el usuario pueda ejercer su derecho de defensa en todas las actuaciones que despliegue la empresa para determinar el consumo a cobrar durante el periodo que no se pudo realizar la medición por la presencia de una situación anómala. Corte Constitucional, Sentencia T-890 de 2008, Magistrado Mauricio González Cuervo...”.

VII.- PETICIÓN

Como conclusión de todo lo anterior le solicito muy respetuosamente a ese Despacho al momento de proferir su fallo, declare probada la legalidad del acto demandado Resolución No. 20208140065235 del 7 de abril de 2020 y condene en costas al demandante.

VIII.- PRUEBAS

Respetuosamente me permito solicitarle al despacho que se sirva tener como prueba el poder y los anexos que fueron remitidos mediante correo electrónico del 17 de agosto de 2021, para acreditar la personería y los antecedentes administrativos que sirvieron de soporte para la expedición del acto debatido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 del CPACA.

Con relación video contentivo de los riesgos y consecuencias de la alteración de los centros de medición, se solicita al despacho no sea tenido en cuenta, por cuanto esta prueba no tiene la vocación de probar que en el predio de la usuaria se presentaron alteraciones y/o manipulación del aparato de medida y por lo tanto no aporta relevancia para resolver el problema jurídico que se debate.

IX.- ANEXOS

Me permito adjuntar a la presente contestación de la demanda archivo en PDF -117 folios, que contiene de los antecedentes administrativos.

X. -NOTIFICACIONES

Le solicito disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co y a la Carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C.; y a la suscrita en el correo electrónico: jgiraldo@superservicios.gov.co.

Atentamente,



Superservicios
Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios



**El futuro
es de todos**

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

20211323295971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20211323295971**

Fecha: **16-08-2021**

DJ-F-005 V.3

Página 24 de 24

Jakeline Giraldo N.

JAKELINE GIRALDO NOREÑA

CC. No. 30.392.183 de Manizales

T.P. 150931 del C. S. de la J.

Email SIRNA: giraldojakeline5@gmail.com

Email institucional: jgiraldo@superservicios.gov.co

Proyectó: Jakeline Giraldo Noreña - Abogada - Grupo de Defensa Judicial de la Entidad

Revisó: William Andrés Cárdenas Gallegos – Coordinador Grupo de Defensa Judicial de la Entidad