

# SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

## OFICINA ASESORA JURÍDICA

### CONCEPTO UNIFICADO 04

*Nota General:* El fraude en la prestación de los servicios públicos se presenta cuando una persona se conecta de manera irregular a las redes de las empresas prestadoras, y de esta forma fraudulenta obtenga el servicio, sufre unas consecuencias jurídicas determinadas en la ley. Para proceder con el control de actos fraudulentos se cuentan con medidas administrativas como penales que se desarrollan a lo largo del presente documento, adicional a esto se tipifican procedimientos para la debida recuperación de lo perdido o daños causados.

*Concordancias.* Concepto 553 de 2014. Concepto 487 de 2014. Concepto 424 de 2014. Concepto 826 de 2012. Concepto 202 de 2012.

## FRAUDE EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y FACULTA SANCIONATORIA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

### 1. EL FRAUDE EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

#### 1.1 Consideraciones generales.

Los servicios públicos, en particular los de la especie denominados domiciliarios, se encuentran íntimamente ligados con la satisfacción de las necesidades básicas que todas las personas sin distinción alguna demandan, con el fin de desarrollarse y proyectarse en todas sus dimensiones dentro de una sociedad. De acuerdo con el modelo constitucional que rige su prestación, estos servicios se ofrecen con una estricta regulación, vigilancia y control del Estado, a través de personas tanto privadas como públicas, todo con el propósito de cumplir con los fines del Estado Social de Derecho.

Por esas razones, la Ley 142 de 1994 definió en su artículo 4 que para efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 Constitución Política, los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, son servicios públicos esenciales.

Estos servicios pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por particulares, o por comunidades organizadas, cumpliendo una función social, bajo los principios de libre competencia económica y libertad de empresa, sin abusar de posiciones de dominio que eventualmente se tengan en un mercado determinado, y con sujeción en el desarrollo de su actividad a lo dispuesto en las leyes 142 y 143 de 1994 y a las reglamentaciones y regulaciones que se configuren para cada sector.

## **1.2 Regulación de las relaciones particulares entre los proveedores de estos servicios y sus usuarios o consumidores.**

Con el fin de regular las relaciones jurídicas (derechos, deberes y obligaciones) entre las personas que ofrecen estos servicios y sus usuarios, la Ley 142 de 1994 configuró un tipo de contrato denominado de servicios públicos, también llamado de condiciones uniformes y cuyas estipulaciones se encuentran previamente definidas por el prestador del servicio.

A su vez, el artículo 132 estipula el régimen legal del contrato y establece una jerarquía normativa, definiendo en el nivel más alto a la Ley 142 de 1994 y a la regulación, debajo de ellas a las estipulaciones tanto especiales como generales señaladas de manera previa por el prestador en el Contrato, y luego, los Códigos de Comercio y Civil.

La Corte Constitucional así lo ha expresado: "...el suministro de los servicios públicos domiciliarios se regirá, en primer lugar, por las leyes que regulan su continua y eficiente prestación, en específico, por las Leyes 142 de 1994, 143 de 1994 y 689 de 2001. En segundo término, se aplicarán las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, y las condiciones uniformes previamente dadas a conocer siguiendo los medios de publicidad reconocidos en el ordenamiento jurídico. Finalmente, frente a cualquier omisión o vacío normativo, se acudirá a las normas del Código de Comercio y del Código Civil, en cuanto resulten compatibles.

Lo anterior significa que este contrato de servicios públicos no es un contrato cualquiera y que el Estado, por diversas razones, tiene un especial interés en intervenir para evitar el abuso de la posición dominante y que no radique en la voluntad del prestador del servicio toda la configuración contractual. Por eso, la jurisprudencia ha sido reiterativa en afirmar que la relación jurídica entre empresa usuario es una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluyan normas de derecho privado en aspectos no regulados en la ley. Además, es un contrato intervenido por el Estado en todo lo relativo a los derechos y deberes de los usuarios, su régimen de protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras.

Otra característica fundamental de esta relación contractual es que exige como elementos esenciales, por un lado, la prestación de un servicio público domiciliario en forma regular, continua y eficiente y por el otro, en atención a su naturaleza onerosa, el pago por parte del

usuario y/o suscriptor a la empresa respectiva de una suma de dinero, en los términos del artículo 128 de la Ley 142 de 1994.

### **1.3 Contrato de Servicios Públicos – Incumplimiento y sanciones por fraude.**

Las relaciones entre la empresa y el usuario (derechos, deberes y obligaciones), se regulan a través del contrato de servicios públicos, pero dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y del derecho privado, sino por el derecho público contenido en las normas de la Constitución y de la ley que establecen el régimen o estatuto jurídico de los servicios públicos domiciliarios, las cuales son de orden público y de imperativo cumplimiento; por lo tanto, toda persona que quiera recibir un servicio público debe hacerlo, en primera instancia, conforme a las estipulaciones de un contrato de condiciones uniformes ajustado al orden jurídico vigente, y en segundo lugar a las normas técnicas y condiciones establecidas para cada servicio.

Esto quiere decir, que para que un usuario pueda acceder o conectarse a las redes de la empresa y obtener el suministro del servicio, debe cumplir con las condiciones, los deberes y las obligaciones que en esta materia tenga definidas la empresa y que en todo caso deben estar ajustadas al imperio de la legalidad.

Por lo anterior, la persona que se conecte de manera irregular a las redes de las empresas prestadoras, y de esta forma fraudulenta obtenga el servicio, sufre unas consecuencias jurídicas determinadas en la ley.

La legislación ha tipificado de dos maneras esas conductas irregulares del usuario, con dos consecuencias distintas, una sanción de tipo administrativo que impone la empresa prestadora del servicio, y otra de carácter penal que impone el juez.

#### **1.3.1 Medidas administrativas.**

En relación a la tipificación administrativa, la Ley 142 de 1994 la hizo en dos artículos. En el artículo 140 señaló que, entre las causales que dan lugar a la suspensión del servicio por parte de la empresa, está el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas. Por su parte, el artículo 141 que regula lo relativo al incumplimiento, terminación y corte del servicio, prescribe que la empresa prestadora podrá proceder igualmente al corte del servicio en el caso de acometidas fraudulentas.

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional>

(...) “La empresa, por su parte, cuando advierta algún incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario, debe proceder a la suspensión del servicio en los términos del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, norma que fue modificada por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, y si el consumo irregular persiste, proceder al corte definitivo del mismo.(...)

(...) “La empresa, teniendo en cuenta que los servicios públicos son un bien de uso público, debe estar atenta y ser diligente para evitar fraudes o pérdidas económicas que van en detrimento no sólo de su patrimonio, sino del resto de la población y del propietario del inmueble, en caso de que el incumplimiento sea atribuible a los arrendatarios y usuarios.

(...) Si a pesar de proceder a la suspensión dentro del término previsto por la ley, los usuarios continuaren disfrutando del servicio a través de la reconexión fraudulenta, la empresa está en la obligación de proceder al corte y/o taponamiento inmediato y definitivo de esa reconexión y a denunciar penalmente tal hecho. (...)

Previo a la adopción de estas medidas, las empresas deben respetar el debido proceso, notificar el acto de suspensión y conceder los recursos previstos en los artículos 152 y 154 de la Ley 142 de 1994; solo una vez estén en firme las decisiones sobre recursos, se puede proceder a ejecutar la operación material de suspensión o corte del servicio.

La Corte Constitucional ha establecido cuáles son los parámetros sustanciales y procedimentales que deben observarse para efectuar la suspensión de la prestación del servicio. Éstos tienen sustento en el derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) y en el principio de la buena fe (art. 83 C.P.). Sobre el particular, en la sentencia T-1108 de 2002 la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“En definitiva, las empresas en mención pueden suspender, parcial o totalmente, la prestación de los servicios que prestan (...), pero para el efecto están en el deber de observar estrictamente el procedimiento que les permite hacer su uso de esta prerrogativa, cual es –artículos 130, 140, 152, 153 y 154 Ley 142 de 1994, artículos 18 y 19 Ley 689 de 2001; 44 y 47 C.C.A.-:

(...) Las decisiones de suspender la prestación de los servicios, total o parcialmente, como actos derivados de las prerrogativas que les han sido conferidas a las prestadoras para la debida prestación del servicio, son actos administrativos, y también lo son las decisiones que resuelven los recursos interpuestos contra éstos.

Los actos administrativos de carácter particular se notifican personal - mente al interesado, a su representante, o apoderado. Y, en el texto de la notificación, se deberá indicar los recursos que proceden contra la decisión, las autoridades ante quienes pueden interponerse, y los plazos para hacerlo.

c) Los suscriptores o usuarios de los servicios públicos domiciliarios pueden presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos, que tienen que ser debida y oportunamente atendidos. Para el efecto las empresas prestadoras deben mantener una oficina para recibir, atender, tramitar y responder las peticiones, reclamos, o recursos, verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores, o los suscriptores potenciales, en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa

d) El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra el acto de suspensión del servicio que realice la empresa proceden los recursos de reposición, y de apelación.(...)

Igualmente, de conformidad con el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, se debe citar a los terceros que puedan resultar afectados con la actuación, como es el caso de los propietarios que han arrendado el inmueble.

Respecto a la garantía de los derechos de los usuarios, entre ellos, el del debido proceso, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“3. En conclusión, las normas acusadas serán declaradas exequibles, en el entendido de que se respetarán los derechos de los usuarios de los servicios públicos cuando se vaya a tomar la decisión de cortar el servicio. Tales derechos, como el respeto a la dignidad del usuario (art. 1° de la C.P.) son, entre otros: (i) el debido proceso y el derecho de defensa, que permite a los usuarios o suscriptores contradecir efectivamente tanto las facturas a su cargo como el acto mediante el cual se suspende el servicio y también obligan a las empresas prestadoras de servicios públicos a observar estrictamente el procedimiento que les permite suspender el servicio. El derecho al debido proceso incorpora también el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes; y (ii) el derecho a que las empresas prestadoras de servicios públicos se abstengan de suspender el servicio cuando dicha interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o, impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad.

” De otro lado, respecto de la aplicación del artículo 141 por los presta - dores de servicios públicos, en Sentencia C-389 de 2002, manifestó lo siguiente: (...)

“Con todo, tratándose de la prestación de servicios públicos domiciliarios donde están involucrados derechos fundamentales, la terminación del contrato no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que regula la norma bajo análisis, sino que por el contrario, debe estar precedida de un debido proceso en el que se le informe al suscriptor o usuario sobre la eventual adopción de estas medidas a fin de ser oído y permitírsele la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para su defensa antes de que se adopte la decisión correspondiente.”

Finalmente, conviene señalar que las consecuencias administrativas y penales de una conducta fraudulenta por parte del usuario tienen distinta causa y finalidad. Las primeras se originan en un incumplimiento objetivo del contrato como lo establecen los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994, y no son personales, en tanto que las segundas se originan en la comisión de un delito que se castiga con penas privativas de la libertad y multas que son exigibles solamente frente al directamente responsable de la conducta punible. Por tal razón, son sanciones independientes, y las acciones para imponerlas se pueden adelantar al mismo tiempo.

### **1.3.2 Medidas de tipo penal.**

Inicialmente el artículo 141 de la Ley 142 de 1994, había dispuesto que para efectos penales la energía eléctrica es un bien mueble, y que su obtención mediante acometida fraudulenta era considerada como un hurto.

Lo anterior, fue reafirmado por la Ley 599 de 2000, que en el artículo 256 del Título VII, Delitos Contra el Patrimonio Económico, Capítulo Sexto, De Las Defraudaciones, con las penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dispone:

ARTICULO 256. DEFRAUDACION DE FLUIDOS. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al respecto la Corte Constitucional<sup>83</sup> ha expresado: "...el ordenamiento jurídico habilitaba a la empresa de energía eléctrica a suspender el servicio, a declarar resuelto el contrato de suministro del servicio de energía eléctrica, a proceder al corte del servicio y a promover contra el usuario fraudulento la acción penal correspondiente al delito de hurto. La suspensión del servicio procedía a partir del tercer mes de incumplimiento del contrato, su resolución ante la reincidencia en el incumplimiento, el corte del servicio como una consecuencia de la resolución del contrato y la acción penal procedía por la naturaleza de hurto que la ley le atribuye a la obtención del servicio de energía mediante acometidas fraudulentas."

### **1.4 Recuperación económica del valor de los consumos obtenidos de manera fraudulenta.**

Además de las sanciones de suspensión y corte del servicio por causa de fraude y de la acción penal por defraudación de fluidos, las empresas pueden adelantar las actuaciones correspondientes con el fin de buscar el resarcimiento económico por los perjuicios derivados de cualquiera de esas conductas.

Una forma de hacerlo, es a través de los mecanismos previstos en la Ley 142 de 1994 y en el contrato. En efecto, el inciso 4 del artículo 146 de dicha norma dispone que la falta de medición, cuando se origina por acción u omisión del usuario, justifica la suspensión o terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas previstas en el inciso 3 del mismo artículo.

La Corte Constitucional ha sostenido sobre el particular lo siguiente: "...queda claro que la factura adicional expedida por Electricaribe por concepto de energía consumida dejada de facturar no corresponde propiamente a una sanción pecuniaria. La entidad justifica dicho cobro en las prerrogativas que le otorgan los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, disposiciones que le permiten cobrar los servicios no facturados en caso de desviaciones significativas frente a consumos anteriores."

"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."

Para el caso de fraude por parte de personas con las que no existe vínculo contractual, es necesario señalar que la empresa sólo podrá aplicar al usuario las disposiciones contractuales a partir del momento en que éste se hace parte del contrato y conoce sus cláusulas, ya sea porque el usuario solicita el servicio en los términos del artículo 129 de la Ley 142 de 1994 o porque la empresa inicia el trámite de normalización. En otras palabras, la empresa no puede aplicar el contrato para resolver situaciones anteriores a la normalización; en tal situación, la empresa debe instaurar la denuncia penal por fraude ante la autoridad competente, e iniciar las demás acciones previstas en las normas civiles para obtener el pago del servicio obtenido de manera irregular, si así lo considera necesario.

## **2. LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CARECEN DE FACULTAD PARA IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS – ANÁLISIS LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

## **2.1 Consideraciones previas – Facultad sancionatoria entendida desde el punto de vista ius-privatista.**

Como se señaló previamente, el contrato de servicios públicos tiene una doble naturaleza; por una parte, es un contrato que se asemeja a los civiles y comerciales en tanto regula relaciones jurídicas obligacionales entre sujetos que se encuentran bajo la égida del derecho privado; por la otra, es un contrato que por sus especiales connotaciones sociales y económicas encuentra en el derecho público una fuente de la que no le es posible apartarse.

Ese delicado equilibrio entre los componentes público y privado del contrato de servicios públicos, ha permitido la existencia de interpretaciones ius-privatistas de su contenido y carácter, dentro de las que es posible afirmar la posibilidad de inclusión de cláusulas propias del derecho privado, entre las que se encuentran las de multas y sanciones.

Bajo dichas interpretaciones, la doctrina, la jurisprudencia e incluso la regulación sostuvieron, en un primer momento, que la naturaleza privada del contrato de servicios públicos permitía la inclusión de cláusulas sancionatorias que castigaran el incumplimiento de las partes frente a sus obligaciones civiles contractuales.

Dicha interpretación, razonable y posible por demás, omitía sin embargo dos características básicas del contrato de servicios públicos,

(i) la existencia de una situación de desequilibrio entre el prestador del servicio y su usuario que se traduce en la posibilidad de la imposición de cláusulas uniformes dentro de un contrato de naturaleza consensual y

(ii) el carácter público de un contrato por medio del cual se cumplen los objetivos del Estado Social de Derecho y que tiene por tanto una especial regulación.

Sin embargo, como se ha dicho, la interpretación privatista tuvo eco en la regulación administrativa, en la doctrina y en la jurisprudencia. Como primer antecedente normativo de la facultad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se tiene entonces al Decreto 1303 de 1989, en el que se establecía el régimen de suspensiones del servicio eléctrico y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo.

La citada disposición reglamentaria de las Leyes 113 de 1928, 109 de 1936 y 126 de 1938, perdió vigencia a partir de la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994, normas estas últimas en las que no se reguló de manera expresa el tema de la imposición de sanciones pecuniarias en el marco de la relación empresa – usuario, no obstante lo cual la sensación en el mercado de los servicios públicos domiciliarios – en especial en el de energía – fue la de la existencia de un fundamento normativo implícito en la regulación, favorable a la imposición de este tipo de sanciones.

Lo anterior, sumado a una interpretación sistemática de los artículos 140, 142 y 145 de la Ley 142 de 1994, y de disposiciones regulatorias como el artículo 54 de la Resolución CREG 108 de 1997 – aplicable en materia de energía –, y los anexos 3 y 9 de la resolución CRA 151 de 2001 – aplicables a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo –, llevó a un convencimiento privado e institucional respecto de la legalidad de las sanciones impuestas por los prestadores de servicios públicos domiciliarios a sus usuarios.

Esta posición jurídica fue respetada y aplicada por las empresas y los distintos operadores jurídicos (administrativos y judiciales), en diferentes estadios; un primero rigorista y privatista en donde el contrato era la única fuente de legalidad de las sanciones, y otro que podríamos denominar como privatista atenuado y que se produjo en el marco de una jurisprudencia que entendía que el debido proceso era el único limitante válido de una facultad que entonces se defendía como legítima.

En esta primera etapa, como se ha señalado, tanto las empresas como los órganos administrativos y jurisdiccionales avalaban la imposición de sanciones pecuniarias a los usuarios de servicios públicos domiciliarios, cuando quiera que estos obtuvieran el servicio o parte de él a través de mecanismos fraudulentos.

En efecto, durante esta etapa la jurisdicción contenciosa administrativa, encargada de fallar en primera instancia la legalidad de los actos administrativos que imponían sanciones a los usuarios, permitía el ejercicio de la citada facultad por parte de las empresas, en razón de la existencia de actos administrativos regulatorios que así lo permitían y de la naturaleza privada del contrato de servicios públicos.

También la Corte Constitucional toleraba y consentía esta práctica dentro del marco del debido proceso, como puede verse, entre otras, en la sentencia T-270 de 2004 en donde la Honorable Corporación señaló lo siguiente:

“(…) En este sentido, incluso la actuación administrativa y dentro de ella la que se lleva a cabo en sede de la empresa de servicios públicos y posteriormente ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al resolver el recurso de apelación, presupuesto para agotar la vía gubernativa y de esa manera acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tratándose del control de los actos administrativos de facturación o por medio de los cuales se imponen y confirman sanciones, está condicionada por los derechos fundamentales y el respeto a los principios y valores constitucionales.

(…) En estas condiciones, resulta contrario al ordenamiento constitucional que la empresa de servicios públicos, a pesar de conocer que está violando los derechos fundamentales del usuario afectado con la actuación administrativa al no garantizarle material y efectivamente su derecho de defensa, pretenda que, una vez impuesta la sanción pecuniaria y recurrida

ésta ante la Superintendencia del ramo con el fin de agotar la vía gubernativa, el afectado inicie un proceso judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, por problemas estructurales de la administración de justicia, seguramente durará varios años y cuya resolución en el caso concreto no tendrá el efecto de garantizar de forma inmediata la protección de los derechos fundamentales, en el evento en que la acción prospere.

Un escenario diferente se presenta cuando la autoridad administrativa ha respetado material y efectivamente las garantías constitucionales fundamentales del administrado durante el desarrollo de la actuación, la cual concluye con una decisión definitiva desfavorable, en tal evento, en principio, la tutela no será procedente para amparar el derecho al debido proceso, puesto que el mismo fue garantizado eficazmente por la administración puesto que tuvo la oportunidad de intervenir en su defensa desde la iniciación y durante toda la actuación administrativa.

(...) Contrario sensu, si la empresa de servicios públicos garantizó materialmente el derecho de defensa del afectado con la sanción, observó la presunción de inocencia y le permitió presentar y controvertir las pruebas en la actuación administrativa antes de proferir el acto definitivo, y el afectado considera que el acto es contrario al orden jurídico, deberá una vez agotada la vía gubernativa mediante la interposición del recurso de apelación que debe ser resuelto por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se efectúe el control de constitucionalidad y de legalidad del acto administrativo sancionatorio.

Bajo la anterior perspectiva, se entendía que garantizado el debido proceso del usuario dentro de la actuación previa a la imposición de la sanción, ésta era válida y sólo podía ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo alegando alguna de las causales de nulidad establecidas para los actos administrativos en el artículo 85 de dicha obra.

Esta situación variaría a partir de la expedición de la sentencia T-720 de 2005, en donde la Corte Constitucional señaló, en un fallo con claros efectos interpartes, al que le seguirían otros de igual naturaleza y contenido, que la aplicación de sanciones por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos era improcedente teniendo en cuenta

- (i) lo dispuesto en los artículos 210 y 369 de la Constitución Nacional,
- (ii) la naturaleza especial de los servicios públicos domiciliarios,
- (iii) los principios, valores y derechos fundamentales que se encuentran comprometidos en su prestación, y
- (iv) la inexistencia de norma legal que diera piso a semejante facultad.

A partir de la sentencia citada, la jurisprudencia constitucional fue consistente frente a la posición jurídica que sostiene la imposibilidad jurídica actual de que las empresas de servicios públicos domiciliarios impongan sanciones a sus usuarios, y se dice actual, porque la jurisprudencia señalada también dejó en claro que dicha facultad será posible y constitucional, en la medida en que

(i) exista una norma de naturaleza legal que claramente la permita y

(ii) que la delimite frente a la protección al debido proceso del usuario, y frente a criterios de graduación proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

## **2.2 Facultad sancionatoria de los prestadores de servicios públicos domiciliarios – Línea Jurisprudencial – posición de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.**

Como antes se anotó, el contrato de servicios públicos es un contrato sometido a una fuerte intervención del Estado, en lo relativo a la determinación de los derechos, deberes y obligaciones de los usuarios. Una de las finalidades de esta intervención es evitar que las empresas, en uso de las prerrogativas que les han sido conferidas, desarrollen conductas abusivas frente a los derechos de los usuarios.

Por tal razón, las prerrogativas de que gozan las personas prestadoras de servicios públicos, deben estar taxativamente consagradas por la ley, y no son motivo de interpretación o de reglamentación por autoridad distinta del órgano legislativo.

En ese contexto, debe señalarse que no existe norma positiva de naturaleza legal, actualmente vigente, que otorgue dicha facultad sancionatoria a las empresas de servicios públicos domiciliarios, no obstante lo cual algún sector de la doctrina, al cual adhieren algunos prestadores y del que ya se hizo referencia, ha considerado la existencia de dicha facultad en razón de la naturaleza comercial del contrato de servicios públicos y de una interpretación extensiva del texto del artículo 142 de la Ley 142 de 1994 que dispone lo siguiente:

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

Si el restablecimiento no se hace en un plazo razonable después de que el suscriptor o usuario cumpla con las obligaciones que prevé el inciso anterior, habrá falla del servicio.

Ahora bien, no obstante lo dispuesto en el artículo citado, ésta Superintendencia considera que dentro de las prerrogativas previstas en la Ley 142 de 1994, no está señalada de manera expresa la de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, por lo que del artículo 142 de la Ley 142 de 1994, no se puede deducir tal facultad.

Dicha interpretación concuerda con la que ha sostenido de manera sistemática la Corte Constitucional a partir del año 2005, quien ha dicho, entre otras cosas, lo siguiente:

“Ahora bien, la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios carece de asidero expreso en la Ley 142 de 1994. Con todo, el artículo 140 de la citada Ley establece que es causal de suspensión del contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios el fraude a las acometidas, medidores o líneas, y el artículo 142 contempla que para restablecer el servicio suspendido el usuario debe satisfacer las demás sanciones previstas, mientras el artículo 145 se limita a autorizar, tanto a la empresa como al suscriptor o usuario, verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo y adoptar precauciones eficaces para que no se alteren.

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

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las dos características de la relación contractual empresa usuario, –intervención del Estado– y privilegios y prerrogativas para las empresas, deben propender por el equilibrio de la relación entre el prestador y su usuario, sin que interpretaciones extensivas o de naturaleza puramente civil o comercial puedan llegar a afectar este delicado equilibrio.

Lo anterior no significa, como lo anotó la Corte Constitucional en la Sentencia C- 263 de 1996, que en la relación usuario-empresa esté excluida toda aplicación de normas de derecho privado, sino que como lo ha señalado esa misma Corporación, cuando lo hagan deben hacerlo sin infringir la ley, de manera particular, y teniendo cuidado en no regular vía contrato materias reservadas a la ley, como es el caso de la imposición de sanciones pecuniarias que el legislador no ha autorizado de manera expresa.

En efecto, la Corte Constitucional, en las sentencias T-720 de 2005, T-558 y T- 561 de 2006, señaló que las empresas de servicios públicos carecen de facultad para imponer sanciones y sostuvo que, de acuerdo con el principio de “reserva de la ley”, dicha facultad no puede estar “implícita”, sino que debe estar expresamente señalada en una Ley en sentido formal, esto es, una de aquellas que son expedidas por el Congreso de la República.

Posteriormente, la Corte Constitucional reiteró la posición anotada en Sentencia T-815 de 2006, en la que expresó lo siguiente:

“Ahora bien, en lo que respecta a la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, cabe señalar que dicha prerrogativa carece de asidero expreso en la Ley 142 de 1994. (...) Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedido disposiciones de carácter reglamentario que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. (...). No obstante se trata de una norma de carácter reglamentario que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia. En todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación este tipo de organismo sólo cuentan con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley.

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

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

” La línea jurisprudencial anotada, sólida por demás, fue adoptada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del memorando número 20071300011223 del 12 de febrero de 2007, en el que se dispuso lo siguiente:

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios acoge la tesis jurídica de que las Empresas de Servicios Públicos no tienen legalmente competencia para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios, conforme a las razones expuestas en las citadas sentencias de la Corte Constitucional

Conviene señalar, igualmente, que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – mediante las Resoluciones 375 y 376 de 2006 , modificó los modelos de condiciones uniformes de los contratos para la prestación de los servicios de acueducto,

alcantarillado y aseo, excluyendo de su texto las cláusulas que permitían a los prestadores de estos servicios, la imposición de sanciones pecuniarias a sus usuarios.

### **2.3 Ley 1151 de 2007.**

Como respuesta normativa al malestar que produjo entre los prestadores de servicios públicos domiciliarios la posición asumida por la Superintendencia y la Corte Constitucional, el legislador expidió la Ley 1151 de 2007 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo) que en su artículo 105 disponía lo siguiente:

ARTÍCULO 105. Las empresas deberán establecer condiciones uniformes del contrato, las sanciones pecuniarias que impondrán a los usuarios o suscriptores por el incumplimiento de las obligaciones que el contrato de prestación de servicios impone, de conformidad con la ley. Así mismo, en el contrato, la empresa determinará la manera de establecer la cuantía de las sanciones y el procedimiento para su imposición. En todo caso, la actuación deberá adelantarse con las garantías propias del debido proceso.

Respecto de la norma legal citada, que en apariencia resolvía el problema jurídico de la imposición de sanciones pecuniarias por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios a sus usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sentó una posición institucional jurídicamente soportada, seria y que en su momento generó polémica, en el sentido de afirmar la inaplicabilidad de la norma por su carencia de "...criterios claros, establecidos para proteger a los usuarios de sanciones con cuantías, justificaciones o procedimientos arbitrarios, como lo exige la Constitución".

Tan sólo siete meses después del anterior pronunciamiento institucional, la norma citada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2008 del 28 de mayo de 2008, por razones de contenido formal relacionadas con la violación del principio de unidad de materia.

### **2.4 Situación actual – pronunciamientos judiciales recientes – imposibilidad actual de la facultad sancionatoria.**

A pesar de la claridad, actualidad y contundencia de la posición adoptada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desde febrero de 2007, que se encontraba avalada por multitud de fallos de tutela en los que la Corte Constitucional, frente

a casos particulares, había señalado la imposibilidad de que las empresas de servicios públicos domiciliarios impusieran sanciones a sus usuarios, lo cierto es que muchas empresas continuaron con la imposición de este tipo de sanciones amparadas en

(i) su convencimiento de que dicha facultad tenía soporte legal,

(ii) el efecto interpartes de los fallos de tutela expedidos por la Corte y

(iii) la existencia de regulación vigente, concretamente en el sector eléctrico, que de manera aparente permitía el ejercicio de dicha facultad.

Sin embargo, el panorama actual frente al tema es absolutamente claro si se tiene en cuenta que

(i) el Consejo de Estado, a través de sentencia del 30 de julio de 2008, declaró la nulidad absoluta del artículo 54 de la Resolución CREG 108 de 1997 que fungía como último bastión normativo de la posición según la cual las empresas de servicios públicos domiciliarios podían imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios y

(ii) que la Corte Constitucional, a través de sentencia unificadora SU-1010 de 16 de octubre de 2008, dada a conocer en su integridad en enero de 2009, dispuso en un fallo con efectos erga-omnes y a futuro (ex-nunc), que las empresas de servicios públicos domiciliarios carecen de la facultad para imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios, mientras no exista una ley que de manera clara e inequívoca la autorice y la reglamente.

En este último fallo, la Corte Constitucional ordenó de manera expresa a los prestadores de servicios públicos domiciliarios el abstenerse de imponer sanciones pecuniarias a sus usuarios, y de cobrar aquellas impuestas con anterioridad al fallo y que no hubieren sido pagadas, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el cobro de dichas obligaciones, prejudicial, judicial o cobro coactivo.

Sobra señalar que siendo la sentencia citada de carácter unificadorio, su ratio decidendi y su resuelve son de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas y para los particulares, razón por la cual ni las empresas de servicios públicos, ni las comisiones de regulación ni la Superintendencia, pueden escapar a sus mandatos<sup>93</sup>, so pena de recibir las sanciones que eventualmente les correspondan.

Ahora bien, frente a la posibilidad eventual de que se expida una norma que autorice la mentada facultad, consideramos conveniente citar lo dicho por el Consejo de Estado en la sentencia del 30 de julio de 2008 a la que se hizo referencia, en la cual dicha corporación sostuvo lo siguiente:

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

Por último, como conclusión de lo expuesto, se tiene que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios no tienen en la actualidad competencia para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios de dichos servicios, y no la tendrán mientras no se expida una norma legal con las características señaladas por la jurisprudencia constitucional y administrativa proferida sobre la materia.