



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171330974931

Fecha: 24/07/2017

GD-F-001 V.2

Página 1 de 6

Bogotá, D.C.,

CONCEPTO SSPD-OJ-2017-518

Ref. Su solicitud de Concepto¹

COMPETENCIA Y ALCANCE DEL CONCEPTO

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 11 del Decreto 990 de 2002 es competencia de la Oficina Asesora Jurídica, numeral 2 "Absolver las consultas jurídicas externas, relativas a los servicios públicos domiciliarios."

Por otra parte, este concepto se emite con el alcance señalado en el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, entre tanto que se formulan con carácter consultivo, por lo que dichos conceptos constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante.

1. RESUMEN

El término para dar aviso de una visita correspondiente al retiro de un medidor en tratándose del servicio de acueducto, se encuentra en el artículo 13 de la Resolución CRA 413 de 2006, modificado por el artículo 4º de la Resolución CRA 457 de 2008. En relación con los servicios de energía y gas, si bien no existe norma regulatoria que establezca un periodo de aviso previo a las visitas de verificación del estado de los equipos de medida, esta entidad ha considerado que en tales eventos debe darse aviso al usuario, en los términos establecidos en el respectivo contrato, y que de igual forma debe permitirse a éste contar, si así lo desea, con la participación de un técnico particular, en aplicación del principio constitucional del debido proceso, aplicable en estos casos, dada la naturaleza de la actuación empresarial.

2. PROBLEMA JURÍDICO OBJETO DE CONSULTA

¹ Radicado 20175290472072

TEMA: DEBIDO PROCESO

Subtema: Visitas técnicas



En relación con un video institucional publicado en enero de 2012 en la página web de la Superintendencia, y de un extracto del mismo que se refiere al deber de respetar el debido proceso en el marco de procedimientos tendientes a la realización de visitas técnicas y retiro de medidores, se presentan los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Cuál es el fundamento jurídico de las afirmaciones que en el video se hacen, según las cuales primero, en el caso del servicio de acueducto, la empresa debe dar un preaviso de al menos dos (2) días al usuario e informarle del derecho que tiene a estar asistido de un técnico particular, y segundo, en el caso de los servicios de energía y gas igualmente debe permitirse que el usuario este acompañado de un técnico particular?, y (ii) ¿Cuál es el fundamento jurídico de la afirmación contenida en el video, según la cual si la empresa no cumple con el debido proceso para el retiro y cambio del medidor, la actuación se torna ilegal y la empresa no podrá cobrar al usuario ningún costo por tal motivo?

3. NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política

Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001

Resoluciones CRA 413 de 2006 y 457 de 2008

Concepto Unificado SSPD – OJU 34 de 2016

4. CONSIDERACIONES

En relación con su primera pregunta, ha de indicarse que el fundamento de la afirmación hecha respecto del término para dar aviso de una visita correspondiente al retiro de un medidor en tratándose del servicio de acueducto, se encuentra en el artículo 13 de la Resolución CRA 413 de 2006, modificado por el artículo 4º de la Resolución CRA 457 de 2008, y que es del siguiente tenor literal:

Artículo 13. Retiro del medidor. Cuando sea necesario proceder al retiro del medidor, se comunicará al suscriptor o usuario, con una antelación no inferior a dos (2) días hábiles a la fecha de la operación, indicándole la posibilidad de ejercer el derecho consagrado en el artículo anterior de la presente resolución. Una vez se lleve a cabo la operación, se suscribirá un acta en la que conste el estado en que se encuentra el equipo y la forma como se procedió a su retiro. En este documento, el suscriptor o usuario dejará las constancias que considere necesarias. Los datos que se consignen en la respectiva acta deben ser legibles, claros, sin tachones o enmendaduras; copia de esta acta se entregará al suscriptor o usuario, quien deberá firmarla.

Si el suscriptor o usuario se niega a firmar el acta respectiva, el funcionario de la empresa dejará constancia explicando las razones que motivan la no suscripción del acta por parte del suscriptor o usuario y esta deberá contar con la firma de dos (2) testigos diferentes al personal de la empresa.

En todo caso, el Prestador deberá entregar dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al retiro del medidor el informe de revisión realizado por el laboratorio debidamente acreditado. Si como resultado de la revisión técnica, se concluye que el medidor no funciona adecuadamente, la decisión será comunicada al suscriptor o usuario, adjuntando el resultado.

El suscriptor o usuario tendrá la opción de reemplazarlo o repararlo asumiendo los costos correspondientes. Si la reparación o el reemplazo la realiza alguien diferente del prestador, el suscriptor deberá enviarlo a este para que proceda a instarlo. En aquellos casos en los cuales el suscriptor o usuario, presente un informe de calibración del equipo de medida expedido por un laboratorio debidamente acreditado, se dará por cumplida la condición establecida en el artículo 10 de la presente resolución. Si por el contrario el usuario o suscriptor no presenta dicho informe, el prestador podrá, a cargo del suscriptor o usuario, calibrar el equipo en un laboratorio debidamente acreditado.

El prestador será responsable de la conservación de las condiciones técnicas del equipo retirado en el estado que conste en el acta de retiro, documento en el que el suscriptor o usuario tendrá la posibilidad de consignar las observaciones que considere pertinentes respecto de la forma en que el prestador procedió a colocar el aparato de medición en el vehículo que lo transportará. El prestador deberá registrar las actividades de manejo y transporte de las evidencias físicas involucradas en su actuación, a fin de conservar el estado real del equipo de medición al momento del retiro.

En caso de no instalarse el medidor provisional como consecuencia del retiro del medidor, será aplicable la previsión del artículo 146 de la Ley 142 de 1994. En todo caso, una vez vencido el término consagrado en el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, para efectos del reemplazo o reparación de los medidores, sin que el suscriptor o usuario hubiere tomado las medidas allí establecidas, el prestador podrá tomar las medidas pertinentes para garantizar la efectiva medición del consumo.

Parágrafo. En caso de ser necesario el control metrológico del equipo de medida, este deberá realizarse en un laboratorio de calibración, debidamente acreditado por el organismo nacional competente para tal efecto. Igual requisito deberán cumplir los medidores provisionales”

Valga la pena anotar, que dicho artículo debe leerse en forma armónica con el artículo 12 ibídem, que señala lo siguiente:

“Artículo 12. Derecho a solicitar la asesoría o participación de un técnico en caso de revisiones. En los casos de revisión o retiro provisional por presuntas anomalías no imputables a la empresa, ni generadas por el uso normal de los bienes en la conexión domiciliaria y en el equipo de medida, cambio del mismo y visitas técnicas, los suscriptores o usuarios tendrán derecho a solicitar la asesoría o participación de un técnico particular o de cualquier persona para que verifique el proceso de revisión de los equipos de medida e instalaciones internas. Del concepto del técnico particular, deberá dejarse constancia en acta que se levante para el efecto.

Para hacer efectiva esta asesoría o participación, el prestador deberá dar aviso de la visita correspondiente a la revisión o retiro provisional, así como de cualquier visita de carácter técnico, con antelación mínima de tres (3) días hábiles, indicando la fecha y el momento del día, mañana o tarde, durante el cual se realizará la visita.

En el caso de visitas técnicas tendientes a la detección de anomalías no imputables a la empresa, ni generadas por el uso normal de los bienes en la conexión domiciliaria y en el equipo de medida o para evitar un perjuicio mayor a los usuarios relacionando con la continuidad y calidad del servicio, el período de antelación al que hace referencia del inciso anterior será de una (1) hora para obtener la asesoría o participación de un técnico.

En todo caso, el suscriptor o usuario podrá renunciar a la posibilidad de contar con la asesoría o participación de un técnico, situación que se hará constar por escrito, con la firma del suscriptor o usuario.

De igual forma, una vez cumplidos los términos consagrados en el presente artículo sin que el suscriptor o usuario haga uso de su derecho a contar con la asesoría o participación de un técnico particular, el prestador podrá realizar la revisión correspondiente y dejará constancia de tal situación en acta que contará con la firma del suscriptor o usuario. Si este último se negare a suscribir el acta, se seguirá la regla consagrada en el inciso 4º del siguiente artículo.

De otra parte, y en relación con los servicios de energía y gas, si bien no existe norma regulatoria que establezca un periodo de aviso previo a las visitas de verificación del estado de los equipos de medida, esta entidad ha considerado que en tales eventos debe darse aviso al usuario, en los términos establecidos en el respectivo contrato, y que de igual forma debe permitirse a éste contar, si así lo desea, con la participación de un técnico particular, en aplicación del principio constitucional del debido proceso, aplicable en estos casos, dada la naturaleza de la actuación empresarial. En relación con lo anterior, en Concepto Unificado SSPD – OJU 34 de 2016, se indicó lo siguiente:

"Por otra parte, es de referir que el cobro de los consumos dejados de facturar no configura un procedimiento autónomo e independiente, sino que surge como consecuencia del ejercicio de las prerrogativas previstas en los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994, por haberse comprobado un incumplimiento contractual ocasionado por el suscriptor o usuario, o en desarrollo de la obligación de investigar una desviación significativa, como lo dispone el artículo 149 ibidem, aunque también procede por error u omisión del prestador.

Ahora bien, conviene distinguir que tanto la suspensión como el corte del servicio por violación de las estipulaciones contractuales configuran una sanción al usuario, de manera que en su definición y aplicación, deben observarse los presupuestos del debido proceso, particularmente, el derecho de contradicción y de defensa, de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución Política y lo previsto en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes.

De otra parte sin embargo, la recuperación de consumos dejados de facturar se erige como una prerrogativa esencial del prestador en virtud de la naturaleza onerosa del contrato de servicios públicos, que, tal como ha reconocido la Corte Constitucional, impone que el prestador, en el acto de facturación que expida a los usuarios para el cobro de los consumos a recuperar, indique (i) los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, (ii) la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y (iii) el cálculo del mismo.

(...) 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 precisen 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 garantice 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.

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.” (Negrillas y subrayas propias)

Dicho lo anterior, y en cuanto a su segunda pregunta, conviene recordar que corresponde a esta Superintendencia, según los numerales 1º y 2º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, (i)

Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad, y (ii) Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y sancionar sus violaciones, de lo que deviene que si un prestador no cumple con las obligaciones a las que se encuentra sujeto en el marco de un procedimiento administrativo, la consecuencia de ello es que habrá violado la Ley y en consecuencia su actuación, dependiendo por supuesto del caso en concreto, carecerá de validez.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/index>, donde encontrará la normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,


MARINA MONTES ÁLVAREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Andrés David Ospina Riaño – Abogado Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Olga Emilia De La Hoz Valle – Coordinador Grupo de Conceptos Oficina Jurídica SSPD 