

**CONSIDERACIONES SOBRE EL TIPO PENAL DEFRAUDACIÓN DE  
FLUIDOS**

**SERGIO ANDRÉS BARÓN MÉNDEZ  
FRANCISCO JOSÉ FLOREZ LLAMOSA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO  
BUCARAMANGA  
2005**

## **AGRADECIMIENTOS**

Los autores expresan sus agradecimientos a:

Javier Octavio Trillos Martínez, Abogado penalista y Director de la Investigación

## TABLA DE CONTENIDO

GLOSARIO .....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	1
RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	3
1.1    LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	3
1.2    LEY 142 DE 1994 Y SU DESARROLLO NORMATIVO.....	7
1.3    ORGANISMOS DE INSPECCIÓN Y CONTROL SOBRE LAS EMPRESAS	
PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS .....	9
1.3.1 <i>Las Comisiones Reguladoras Y Las Superintendencias</i> .....	11
1.4    NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL USUARIO Y LA	
EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO.....	12
1.5    CLASIFICACIÓN DE LOS ACTORES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE	
SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS .....	17
1.5.1 <i>Obligaciones De Las E.P.S. Frente Al Usuario En El Contrato De Servicios</i>	
<i>Públicos</i> .....	19
1.6    IMPOSICIÓN DE SANCIONES Y EL NACIMIENTO DEL DELITO DENTRO DEL	
MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA Y	
RESOLUCIÓN CREG 108 DE 1997 .....	19
1.6.1 <i>Interpretación De La CREG Sobre La Facultad De Las E.S.P. De</i>	
<i>Interponer Sanciones</i> .....	20
1.6.2 <i>Concepto De La CREG Sobre El Delito “Hurto De Energía”</i> .....	22
1.7    CREACIÓN DEL TIPO DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN EL NUEVO CÓDIGO	
PENAL LEY 599 DE 2000 .....	23
2. DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO	
ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA .....	25

2.1	EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO	
	26	
2.1.1	<i>El Objeto Material En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico.....</i>	28
2.1.2	<i>El Sujeto Activo En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico.....</i>	30
2.1.3	<i>El Sujeto Pasivo En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico.....</i>	30
2.2	LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA	
	31	
2.3	EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS .....	36
2.3.1	<i>Bien Jurídico .....</i>	37
2.3.2	<i>Sujeto Activo.....</i>	38
2.3.3	<i>Sujeto Pasivo .....</i>	38
2.3.4	<i>Verbo Rector.....</i>	39
2.3.5	<i>Objeto Material .....</i>	44
2.3.6	<i>Marco Punitivo .....</i>	45
2.3.7	<i>Agravantes Y Atenuantes Por La Cuantía .....</i>	48
3.	ANÁLISIS DE LA CONDUCTA Y SUS MEDIOS PROBATORIOS.....	50
3.1	MEDIOS PROBATORIOS.....	50
3.2	LA CONDUCTA, SU CONSUMACIÓN Y LOS MEDIOS PARA EJECUTARLA .....	52
3.2.1	<i>La Reconexión Fraudulenta .....</i>	53
3.2.2	<i>La Acometida Fraudulenta.....</i>	55
3.2.3	<i>La Alteración De Los Contadores .....</i>	57
3.3	MECANISMOS Y MÓVILES .....	59
3.4	DIFERENCIAS ENTRE IRREGULARIDAD, ANOMALÍAS Y FRAUDE.....	61
3.5	OTRAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS.....	64
4.	ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN OTRAS LEGISLACIONES.....	66
4.1	LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA ..	66
4.2	LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ALEMANA....	67
4.3	ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y DOGMÁTICA PENAL ESPAÑOLA RESPECTO AL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS DEL SUMINISTRADOR COMO DEL CONSUMIDOR .....	69

4.3.1	Defraudaciones Del Consumidor .....	72
4.3.2	<i>Objeto Material</i> .....	73
4.3.3	<i>Sujeto Activo</i> .....	73
4.3.4	<i>Sujeto Pasivo</i> .....	73
4.3.5	<i>La Conducta</i> .....	74
4.4	DEFRAUDACIONES DEL SUMINISTRADOR .....	75
4.4.1	<i>Objeto Material</i> .....	75
4.4.2	<i>Sujeto Activo</i> .....	76
4.4.3	<i>Sujeto Pasivo</i> .....	76
	CONCLUSIONES .....	77
	RECOMENDACIONES .....	80
	BIBLIOGRAFÍA .....	81
	ANEXOS .....	83

## LISTA DE ANEXOS

1.	Acta Visita Técnica ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.....	82
2.	Historial de Consumos ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.P.S.....	84
3.	Capacitación ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. sobre fraudes e irregularidades para la Fiscalía General de la Nación.....	88

## **GLOSARIO**

**ACOMETIDA:** Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general.

**ACOMETIDA FRAUDULENTA:** Cualquier derivación de la red local, o de otra acometida del correspondiente servicio, efectuada sin autorización del prestador del servicio.

**CARGA O CAPACIDAD INSTALADA:** Es la capacidad nominal del componente limitante de un sistema.

**COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA:** Actividad consistente en la compra de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados. Quien desarrolla esta actividad se denomina comercializador de energía eléctrica.

**COMPONENTE LIMITANTE:** Es el componente que forma parte de un sistema y que determina la máxima capacidad a operar.

**CONSUMO:** Cantidad de metros cúbicos de gas, o cantidad de kilovatios y/o kilovatios-hora de energía activa o reactiva, recibidas por el suscriptor o usuario en un período determinado, leídos en los equipos de medición respectivos, o calculados mediante la metodología establecida en la presente resolución.

**CONSUMO ANORMAL:** Consumo que, al compararse con los promedios históricos de un mismo suscriptor o usuario, o con los promedios de consumo de suscriptores o usuarios con características similares, presenta desviaciones significativas, de acuerdo con los parámetros establecidos por la empresa.

**CONSUMO ESTIMADO:** Es el consumo establecido con base en consumos promedios de otros períodos de un mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios con características similares, o con base en aforos individuales de carga.

**CONSUMO FACTURADO:** Es el liquidado y cobrado al suscriptor o usuario, de acuerdo con las tarifas autorizadas por la Comisión para los usuarios regulados, o a los precios pactados con el usuario, si éste es no regulado. En el caso del servicio de energía eléctrica, la tarifa debe corresponder al nivel de tensión donde se encuentra conectado directa o indirectamente el medidor del suscriptor o usuario.

**CONSUMO MEDIDO:** Es el que se determina con base en la diferencia entre la lectura actual y la lectura anterior del medidor, o en la información de consumos que este registre.

**CONSUMO NO AUTORIZADO:** Es el consumo realizado a través de una acometida no autorizada por la empresa, o por la alteración de las conexiones o de los equipos de medición o de control, o del funcionamiento de tales equipos.

**CONSUMO PROMEDIO:** Es el que se determina con base en el consumo histórico del usuario en los últimos seis meses de consumo.

**CORTE DEL SERVICIO:** Pérdida del derecho al suministro del servicio público en caso de ocurrencia de alguna de las causales contempladas en la Ley 142 de 1994.

**DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.** Es la actividad de transportar energía a través de una red de distribución a voltajes iguales o inferiores a 115 kv. Quien desarrolla esta actividad se denomina distribuidor de energía eléctrica.

**EQUIPO DE MEDIDA:** Conjunto de dispositivos destinados a la medición o registro del consumo.

**ESP: EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS**

**FACTURACIÓN:** Conjunto de actividades que se realizan para emitir la factura, que comprende: lectura, determinación de consumos, revisión previa en caso de consumos anormales, liquidación de consumos, elaboración y entrega de la factura.

**FACTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS:** Es la cuenta de cobro que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes prestados, en desarrollo de un contrato de servicios públicos.

**INQUILINATO:** Edificación clasificada en los estratos socioeconómicos 1, 2 ó 3, con una entrada común desde la calle, que aloja tres o más hogares que comparten los servicios públicos domiciliarios y los servicios sanitarios.

**LECTURA:** Registro del consumo que marca el medidor.

**MEDIDOR DE CONEXIÓN DIRECTA:** Es el dispositivo que mide el consumo y se conecta a la red eléctrica sin transformadores de medida.

**MEDIDOR DE CONEXIÓN INDIRECTA:** Es el dispositivo de energía que se conecta a la red a través de transformadores de tensión y/o corriente.

**PERÍODO DE FACTURACIÓN:** Lapso entre dos lecturas consecutivas del medidor de un inmueble, cuando el medidor instalado no corresponda a uno de prepago.

**PRESTADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS:** Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994. Para los efectos de esta resolución, a tales personas se les denomina "la empresa".

**RED LOCAL O DE DUCTOS:** Es el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad, del que se derivan las acometidas de los inmuebles.

**RED INTERNA:** Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor, o, en el caso de los suscriptores o usuarios sin medidor, a partir del registro de corte del inmueble. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general, cuando lo hubiere.

**RECONEXIÓN DEL SERVICIO:** Restablecimiento del suministro del servicio público cuando previamente se ha suspendido.

**REINSTALACIÓN DEL SERVICIO:** Restablecimiento del suministro del servicio público cuando previamente se ha efectuado su corte.

**SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA:** Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.

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

**SUSCRIPTOR POTENCIAL:** Persona que ha iniciado consultas para convertirse en usuario de los servicios públicos.

**SUSPENSIÓN DEL SERVICIO:** Interrupción temporal del suministro del servicio público respectivo, por alguna de las causales previstas en la Ley o en el contrato.

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

## **RESUMEN\***

El objetivo de este trabajo es la descripción y argumentación de las deficiencias que presenta el tipo penal “defraudación de fluidos” en el sistema jurídico colombiano a través de dos formas: la comparación con las legislaciones penales extranjeras que contienen dicho tipo penal teniendo en cuenta el momento histórico en que esta se comenzó a tipificar; y también con la comparación de los tipos penales de la que se aplicaban a la conducta antes de que fuera tipificada en la legislación penal colombiana.

Las anteriores comparaciones se harán a través del análisis de la jurisprudencia penal española, así como de la doctrina que se ha publicado respecto de la materia en la legislación penal española y la aun incipiente doctrina nacional colombiana respecto a la materia.

\*Palabras Claves: Defraudación, Fluidos, Interpretación, Doctrina

## **SUMMARY**

**The aim(lens) of this work is the description and argumentation of the deficiencies(faults) that presents the penal type " cheating fluid " in the juridical Colombian system across two forms: the comparison with the penal foreign legislations that contain the above mentioned penal type bearing in mind the historical moment in which this one was begun to typify; and also with the comparison of the penal types of which they were applied to the conduct before it(he) was typified in the penal Colombian legislation.**

**The previous comparisons will be done across the analysis of the penal Spanish jurisprudence, as well as of the doctrine that has published respect of the matter in the penal Spanish legislation and even incipient national Colombian doctrine with regard to the matter.**

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación surge como necesidad de aportar claridad y sustentos a la interpretación y aplicación que se le ha dado al tipo penal defraudación de fluidos el cual fue introducido la legislación penal colombiana a partir del 2000 con la expedición del nuevo Código Penal Colombiano.

Es de trascendental importancia observar que la norma en referencia se relaciona con conocimientos técnicos que no son de fácil manejo, sumado al hecho de que en la actualidad es precario el desarrollo doctrinal y jurisprudencial respecto al tipo penal, lo que dificulta el tratamiento del tema para quienes entran a conocer de las conductas en ella descritas como son los fiscales, jueces y abogados en general.

El delito defraudación de fluidos fue tipificado expresamente por el Código Penal (ley 599 de 2000). Lo que significa que no existía como tal en la legislación penal colombiana. La norma que entro en vigencia en julio de 2001 tiene una procedencia muy cercana a la legislación española, en donde el delito de defraudación de fluidos posee una tradición más amplia que la desarrollada en nuestro país, en donde la sustracción ilícita de energía eléctrica no ha presentado una profusa actividad judicial.

Pretende además esta monografía describir y analizar con profundidad el tipo penal defraudación de fluidos, sus alcances jurídicos y de sus consecuencias extra-jurídicas, por cuanto ha sido una preocupación constante, en especial

para las empresas prestadoras de servicios públicos, tanto nacionales como en los países que cuentan con el tipo penal dentro de su legislación penal vigente. Asimismo, ha sido un nuevo elemento habilitante de renovadas críticas al sistema legislativo colombiano, puesto que se lo ha considerado como fuente de inseguridad jurídica y, en consecuencia, económica; en particular, para las personas jurídicas (entiéndase empresas prestadoras de servicios públicos) que se estructuran basándose en el tratamiento, transmisión y distribución de estos fluidos.

Las discrepancias entre el Código y la realidad son enormes, y en este punto no se estaría cumpliendo el fin de todo tipo penal el cual es sancionar con proporcionalidad y certeza un hecho que lesiona un bien jurídico, dado que este patrimonio económico (fluido) afecta a la comunidad en general puesto que las pérdidas que registran las empresas con la comisión de estas conductas se cobran en forma directa a los usuarios en general.

La mayor parte de este trabajo trata la energía eléctrica como el fluido más ilustrativo para el tema por ser este el más susceptible del delito de defraudación, además la mayoría de los doctrinantes lo toman como ejemplo de sus planteamientos; sin que se con esto se este excluyendo a los otros fluidos contemplados en el artículo 256 del Código Penal.

En aras de propender por una legislación penal adecuada a las realidades socio-jurídicas de la sociedad a la cual se aplicara dicha legislación; debe procurarse el máximo detalle en la descripción de los tipos penales por cuanto la indebida interpretación da lugar a inseguridad jurídica y la desestabilización de las instituciones.

# **RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

## **1.1 LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

Dentro de la nueva concepción del Estado Social de Derecho que consagra la Constitución de 1991, el constituyente reconoció la importancia de los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, razón por la cual le impuso a éste la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Igualmente, determinó los principios y lineamientos generales que regirán su desarrollo y prestación en el Capítulo 5 del Título XII de la Carta "DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA".

De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es

descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos bajos involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales. Este es un aspecto importante en lo referente al daño causado con la consumación y la proliferación del delito en estudio.

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

Quiso el constituyente también que la prestación de los servicios públicos no se hiciera de manera directa y exclusiva por el Estado, sino que comunidades organizadas o particulares pudieran concurrir a ello dada la "complejidad de las necesidades de la vida moderna, que ha traído consigo los acelerados avances científicos y tecnológicos, a lo que se une el fenómeno de la masificación, eventos que indiscutiblemente, sin que se pueda perder de vista el carácter intervencionista del Estado en la economía y la dirección que respecto de ella le corresponde (art. 334 C.P.), han replanteado las modalidades de acción e injerencia oficial para lograr los fines del Estado (que tiene por objetivo primordial preservar la dignidad y los derechos de la persona humana) y, por contera, los conceptos de calidad de vida, bienestar social y servicio público" . De manera que para la prestación de los servicios públicos, se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, de todas maneras, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad (C.P. art. 365). Lo anterior, dado que el artículo 334 de la carta magna, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado quien intervendrá, por

mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos.

Participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que además está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Entonces, si bien existe la libre actividad económica y la iniciativa privada, la Constitución también autoriza al Estado para intervenir, por mandato de la ley, en toda la economía, no para anularla sino con el fin de racionalizarla y le impuso la obligación de hacerlo particularmente en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios que tiene, por tanto, una finalidad de carácter social.

El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer

las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, "la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.. Connotación esencial de estos servicios públicos que se consagró expresamente en el artículo 4° de la Ley 142 de 1994, para efectos de lo establecido en el inciso primero del artículo 56 de la Carta.

La Corte constitucional ha señalado que por servicios públicos domiciliarios se deben entender aquellos servicios públicos que "se prestan a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas" . Condición especial de estos servicios públicos que implica que su regulación deba someterse a la Constitución y también a una determinación previa y específica del legislador (C.P. art. 367, 369 y 370), como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional cuando consideró que:

"corresponde a éste señalar, en los términos de las normas antes reseñadas, el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia, eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios

Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquellos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos.

## **1.2 LEY 142 DE 1994 Y SU DESARROLLO NORMATIVO**

En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

Además, el legislador también expidió la Ley 143 de 1994 con el objeto de reglamentar los servicios de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía. Posteriormente expidió la Ley 286 de 1996 mediante la cual modificó en forma parcial la Ley 142 de 1994, y que contiene en esencia, la ampliación de algunos plazos, entre ellos, el que se había establecido para la transformación de las entidades públicas prestadoras de servicios como lo había previsto aquélla. Además, el artículo 1° de la mencionada normatividad modifica el plazo otorgado inicialmente a las empresas de servicios públicos para alcanzar progresivamente los límites establecidos en la Ley 142 de 1994, en materias tales como contribuciones, tarifas y subsidios, fijando como fecha para ello el día 31 de diciembre del año 2001, para los servicios de agua potable y saneamiento básico.

En el año 2000 se aprobó la Ley 632 la cual modifica parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 (Estatuto Tributario) y 286 de 1996, especialmente en lo relacionado con las fechas límites para que las empresas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, alcancen los límites fijados por la Ley 142 de 1994 en materia de tarifas, subsidios y contribuciones, fijando como tal el 31 de diciembre del año 2005; de igual forma determina componentes como los consumos de subsistencia, la contabilización de las contribuciones de solidaridad y los esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo.

Finalmente, el Congreso de la República expide la Ley 689 de 2001 mediante la cual se modifican varios artículos de la Ley 142 de 1994, en especial en temas puntuales como los relacionados con la contratación, el control fiscal, las auditorías externas, entre otros.

En conclusión se debe tener en cuenta que del estudio en conjunto de la Constitución y del régimen de servicios públicos se puede dilucidar que el

Estado lo que pretende es en realidad la búsqueda de la completa privatización de los sectores dejando para si, solamente lo pertinente a su regulación, lo anterior se sustrae de los siguientes fundamentos constitucionales y legales:

- Posibilidad a los particulares para prestar los servicios públicos en cabeza del Estado (Art. 365 C.P.)
- Libertad de empresa (Arts. 333 y 334 C.P.)
- Derecho a la propiedad privada (Art. 58 C.P., modificado por Acto Legislativo No. 01 de 1999).
- Definición Comercialización (Artículo 11 Ley 143 de 1994).
- Derechos de los usuarios a escoger su proveedor de bienes y servicios. (Art. 333 C.P. y Art. 9.2 Ley 142 de 1994).

### **1.3 ORGANISMOS DE INSPECCIÓN Y CONTROL SOBRE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Si bien la Constitución confía al legislador el señalamiento del régimen jurídico de los servicios públicos y la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario, así como la determinación de las entidades competentes para fijar las tarifas, también dispuso en el artículo 370 que le corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer el control, la inspección y vigilancia de las

entidades que los presten por medio de la superintendencia correspondiente. Facultades del ejecutivo que concurren con la potestad para reglamentar, por medio de decretos, las leyes sobre servicios públicos expedidas por el Congreso a fin de asegurar su cumplida ejecución.

El artículo 68 de la Ley 142 de 1994 dispone que el Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 Superior, y de los demás a que se refiere dicha ley, por medio de las comisiones de regulación, si decide delegarlas, en los términos de la citada ley, delegación que resultó ajustada a la Constitución conforme lo decidió la Corte Constitucional en Sentencia C-272 de 1998 en la que consideró:

"- Que fue voluntad del Constituyente dejarle a la ley la definición del régimen general de los servicios públicos, buscando asegurar un esquema de eficiencia y de calidad en la prestación de estos servicios que garantizara los fines de la Carta, incluyendo sin duda alguna, lo relativo a las políticas de administración y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

"- Que el constituyente preveía una delegación o desconcentración de tales funciones atribuidas al Presidente, según el amplio espectro que determinase la ley, sea que recayera esa función en la Superintendencia como era en principio su decisión, o en los organismos "especializados" que describen los informes ponencias de la Asamblea Constituyente, porque esa posición es la que se desprende de las diferentes exposiciones y porque ni expresamente en la Constitución ni en los debates o proyectos de la Asamblea, se tuvo en cuenta la voluntad contraria de que fuera solo el Presidente quien pudiera señalar dichas políticas, sin posibilidad alguna de delegación.

### **1.3.1 Las Comisiones Regulatoras Y Las Superintendencias**

La regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia.

Es claro que la creación de dichas entidades ha generado un mejor y mayor control sobre las empresas prestadoras del servicio pero a su vez han generado, sin embargo su carácter de especializadas se ve en entredicho pues su control se ha basado en la promoción de conceptos y resoluciones mas no en el estudio a fondo de las relaciones Usuario Empresa.

Si bien es cierto que siendo la Superintendencia la encargada de la inspección vigilancia y control de estas actividades además que esta, debe salvaguardar los derechos fundamentales del usuario o suscriptor del servicio, con ocasión de los trámites administrativos que surgen por el incumplimiento de las condiciones uniformes de las ESP según lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, no tienen en cuenta que sus continuas revocaciones a los actos administrativos o resoluciones sancionatorias abusando del derecho en muchas ocasiones, pues no poseen fundamento alguno para tal fin, han llevado a las ESP a utilizar la denuncia como mecanismo para resarcir los daños causados por los usuarios defraudadores, en otras palabras promoviendo indirectamente la utilización de la llamada "ultima ratio" es decir del derecho penal en la solución de conflictos, cabe resaltar que las Empresas en su gran mayoría

poseen o acuerdos de pago favorables con descuentos y financiación que el usuario no utiliza y que en el proceso penal no se tendrían en cuenta.

Recapitulando lo anteriormente descrito en este capítulo resaltamos que siendo los servicios públicos un derecho fundamental regulado por la presidencia de la república, bajo las comisiones de regulación y las superintendencias, y sumando que estas deberán encaminar tanto el buen funcionamiento como los procedimientos y relaciones contractuales entre el usuario y las EPS, para nuestro estudio es necesario tener en cuenta la resolución 108 de 1997 de la CREG esta señala los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones, la cual se analizará en algunos aspectos, mas adelante

#### **1.4 NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL USUARIO Y LA EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO.**

Es de naturaleza contractual y además de carácter consensual pues así lo dispone el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, en los términos de dicha providencia.

Y esta existe desde el momento en que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario o quien utiliza un inmueble determinado solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y

el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa, tal como lo establece el artículo 129 de la misma ley.

Modalidad contractual de carácter uniforme o por adhesión al analizar esta característica, la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-1162 de 2000 dijo:

"Considera esta Corporación que los referidos contratos por adhesión, aunque deben ser objeto de la intervención estatal para introducir en ellos el equilibrio toda vez que se celebran entre una parte fuerte y una débil, así como los establecidos para la prestación de los servicios públicos, no violan, per se, el principio de igualdad. En este tipo de convenios una de las partes no está en condiciones de discutir las cláusulas contractuales, ya por la posición dominante en que se encuentra la otra, o porque, como ocurre con los servicios públicos domiciliarios, los convenios particularizados con cada uno de los usuarios podrían comprometer gravemente la eficiencia y continuidad de la prestación y, por ende, el interés general. Admitir como regla general la posibilidad de que las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deban siempre debatir individualmente las reglas convencionales, sí promovería la violación de la igualdad (artículo 13 C.P), pues ya no serían los principios de solidaridad, universalidad, ni los objetivos del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, las pautas que habrían de tenerse en cuenta en la celebración del respectivo contrato, sino que ellas vendrían a ser reemplazadas por el ánimo de lucro y el interés individual, y quedarían como últimas o menos importantes consideraciones la finalidad social de los servicios públicos (artículos 1, 2 y 365 C.P.), la solidaridad (artículos 1, 95 y 367 ibídem) y la igualdad real y efectiva (Preámbulo y artículos 13 y 367), las que, por el contrario, deben prevalecer con miras al bien común y a realizar los postulados del Estado Social de Derecho".

Lo anterior dado que hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones escritas sino las condiciones uniformes cuya legalidad haya sido avalada por las comisiones de regulación así como también lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y las normas de los Códigos Civil y de Comercio.

El citado artículo 128 de la ley 142 define el contrato de servicios públicos como aquél en virtud del cual "una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados", vínculo contractual que tiene también una connotación estatutaria pues involucra derechos constitucionales y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados.

La situación jurídica del usuario en parte es contractual y en parte reglamentaria, según lo establezca el propio legislador (CP art. 365). Esta regulación es más intensa y abarca mayor número de aspectos de las relaciones entre el Estado y los usuarios cuando el servicio asume un carácter acentuadamente más administrativo y se presta directamente por el Estado. Al contrario, tratándose de servicios públicos prestados por particulares, los aspectos o problemas no previstos en la reglamentación administrativa, salvo si de su naturaleza se deduce lo contrario, deben resolverse aplicando criterios contractualistas, más afines a las actividades desarrolladas por los concesionarios de un servicio público.

"No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales - salud, educación,

seguridad social, etc. - y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado”

En Sentencia C-493 de 1997 la Corte también dijo sobre el particular:

"En la ley 142 de 1992 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El contrato, "uniforme, consensual en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ellas para ofrecerlas a un número de usuarios no determinados", se rige por las disposiciones de dicha ley, por las condiciones especiales que se pactan con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalan las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código del Comercio y del Código Civil. Por lo tanto, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por las estipulaciones contractuales y el 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, porque están destinadas a asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, y a impedir que las empresas de servicios públicos abusen de su posición dominante.

Esta relación contractual también es de carácter oneroso, pues implica que por la prestación del servicio público domiciliario el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. En efecto, dentro de la concepción del Estado Social de Derecho debe tenerse en cuenta que los servicios públicos domiciliarios tienen una función social, lo cual no significa que su prestación

deba ser gratuita pues el componente de solidaridad que involucra implica que todas las personas contribuyen al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado a través de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (CP art. 95-9 y 368).

Carácter oneroso de los servicios públicos domiciliarios que también se evidencia al establecer la Ley 142 de 1994 un régimen tarifario sobre el cual la Corte Constitucional ha expresado:

"El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado Social de Derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la Justicia (Artículo 229 C.N.), la educación (Artículo 67 C.N.), o la salud (Artículos 49 y 50 C.N.), de manera más o menos parcial. Actualmente los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (Numeral 8, Artículo 95 y Artículo 368 ibidem)".

"La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo de un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos"

## **1.5 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTORES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

La Ley 142 de 1994, en su Artículo 14, Numerales 31 y 33, contiene las siguientes definiciones:

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

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

Adicionalmente, la Ley en su Artículo 128 y S.S. establece que la prestación del servicio se rige por las condiciones que defina el contrato de condiciones uniformes. Como se puede observar en la primera definición, quien suscribe el contrato es el suscriptor, quien a su vez, puede ser propietario de varios inmuebles habitados por otras personas.

De conformidad con la segunda definición, quien se beneficia del servicio que presta la empresa es el usuario, por lo que en algunos casos puede ocurrir que el suscriptor sea el mismo usuario, pero también puede acontecer que el suscriptor como propietario del inmueble adelanta las gestiones con la empresa para obtener la prestación y una vez se tiene acceso al mismo, transfiere, por ejemplo, en arrendamiento el inmueble y quien aparece como usuario es el arrendatario.

Así mismo, la ley en su Artículo 146, ordena que la empresa y el suscriptor o usuario, tienen derecho a que los consumos se midan y que para ello se utilicen

los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y en su Artículo 147 se prevé que las facturas que representan el consumo del servicio se podrán en conocimiento del suscriptor o usuario para determinar su valor en desarrollo del contrato.

De lo anterior se puede extraer lo siguiente:

- No todos los usuarios son suscriptores del servicio.
- La empresa realiza la actividad de medir el consumo a cada inmueble y la factura que representa el consumo se debe allegar a la dirección que se reporte a la empresa.

En relación con la ejecución del contrato se debe precisar, que si se presenta un incumplimiento por parte del suscriptor o usuario en cuanto a sus obligaciones contractuales, la empresa puede proceder suspendiendo o cortando el servicio únicamente al usuario moroso y no a todos los inmuebles de su propiedad que se encuentran al día en sus pagos.

Es claro entonces que independientemente de la propiedad, el hecho de que se encuentren en ubicaciones espaciales diferentes, con medidas diferentes, los hace usuarios diferentes.

Es importante recordar que la relación jurídica que existe entre las partes es netamente contractual.

### **1.5.1 Obligaciones De Las E.P.S. Frente Al Usuario En El Contrato De Servicios Públicos**

- Prestar el servicio a quien lo solicite
- Garantizar el derecho a la libre elección del proveedor de bienes y servicios.
- Ofrecer los bienes y servicios en las mejores condiciones de calidad y seguridad.
- Racionalidad
- Neutralidad
- Obligatoriedad del Contrato
- No abuso de posición dominante
- No abuso del Derecho
- De información y transparencia
- Queja y Reclamo
- Medición de Consumos
- Facturación de Acuerdo con Consumos Reales

### **1.6 IMPOSICIÓN DE SANCIONES Y EL NACIMIENTO DEL DELITO DENTRO DEL MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA Y RESOLUCIÓN CREG 108 DE 1997**

Para esta fecha, Julio 03 de 1997, la CREG tenía en cuenta que la ley 142 en su artículo 141 definió la energía –fluido- como un bien mueble y que a su vez el mismo artículo asimiló la sustracción de energía al hurto, mas adelante, con

la llegada del nuevo código penal en el año 2000 este artículo en su parágrafo 3 quedaría "derogado".

La Resolución se fundamenta principalmente en los siguientes aspectos:

### ***1.6.1 Interpretación De La CREG Sobre La Facultad De Las E.S.P. De Interponer Sanciones***

La Ley 142 de 1994 en su Artículo 140 determina que la empresa prestadora del servicio público no sólo suspenderá el servicio al usuario que cometa fraude en las conexiones, acometidas, medidores o líneas sino que, en todo caso, podrá ejercer los demás derechos que para estos casos le conceda la ley y el contrato suscrito por el usuario.

"Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes:

La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de tres períodos de facturación, y el fraude a las conexiones, acometida, medidores o líneas.

Haya o no suspensión, la entidad prestadora puede ejercer todos los demás derechos que las leyes y el contrato uniforme le conceden para el evento del incumplimiento."

Dentro de estos derechos se encuentra el de sancionar con multa pecuniaria al usuario incumplido ó fraudulento, lo cual está previsto en el contrato de condiciones uniformes que el usuario firma con la empresa y en la ley.

En el contrato de condiciones uniformes esta previsto este derecho en los términos de la Resolución, Artículo 7, numeral 11; donde se prevé que en el contenido de dicho contrato debe expresarse los derechos de las partes contratantes en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales. Le transcribo la norma:

"Artículo 7. Contenido mínimo del contrato. El Contrato de servicios públicos deberá contener, como mínimo, las siguientes estipulaciones:... 11) Derechos de cada una de las partes en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la otra. Con tal fin el contrato deberá indicar qué hechos permiten a la empresa imponer sanciones a los usuarios."

La misma Resolución, dispone en su Artículo 54 la necesidad que dentro del contrato de condiciones uniformes se establezca cuáles conductas del usuario dan lugar a la imposición de una "sanción pecuniaria" por parte de la empresa, la manera de establecer su cuantía y el procedimiento para demostrar dicha conducta y para imponer la sanción.

A su vez, en la ley 142 de 1994 se prevé la facultad que tiene una de las partes de un contrato de hacer un cobro pecuniario a la parte que incumpla las obligaciones que surgen de tal contrato. Es claro que el fraude en conexiones, acometidas, medidores o líneas es un flagrante incumplimiento de las obligaciones que el usuario adquirió con la empresa prestadora del servicio mediante la suscripción del contrato de condiciones uniformes. El derecho de

hacer el cobro pecuniario por incumplimiento está determinado en el artículo 1592 del Código Civil, que expresa:

"Art. 1592.- La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal."

Dicha facultad no requiere de ninguna otra autorización ni aprobación excepto la de las partes contratantes, la cual se entiende dada con la firma del contrato. Por esta razón la CREG no entra a autorizar ni a regular el monto de las multas que las empresas prestadoras del servicio de energía o gas imponen a los usuarios por fraude u otro incumplimiento del contrato.

En Auto de junio 4 de 1998 el Consejo de Estado expresó que:

"...es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor."

### ***1.6.2 Concepto De La CREG Sobre El Delito "Hurto De Energía"***

Es importante resaltar que según la ley 142 solo y exclusivamente para el caso de acometida fraudulenta, el usuario no solo estaba incumpliendo las obligaciones contractuales, sino que además está cometiendo un delito, pues lo consagraba el Artículo 141 de la Ley 142 de 1994 expresa en su inciso tercero:

"...tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto."

El delito de hurto estaba tipificado en el Código Penal, Artículo 349, de la siguiente forma:

"ART. 349.- Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años."

## **1.7 CREACIÓN DEL TIPO DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL LEY 599 DE 2000**

Sobre la creación del tipo por parte del congreso de la republica no nos extenderemos mucho pues nos basaremos en la descripción y análisis del tipo en el siguiente capitulo además tanto la exposición de motivos como las discusiones del senado sobre este o son escasas y reiterativas pues se fundamentan única y exclusivamente en continuas discusiones sobre si el nuevo tipo penal se asimilaría al hurto o a la estafa sin embargo vale la pena destacar como principal objeto de estudio de este trabajo su definición final.

"Para no evitar discusiones si el tipo penal se asimila al hurto o a la estafa se crea el tipo Defraudación de fluido como delito autónomo"



## **2. DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS COMO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA**

En materia de delitos patrimoniales no son muchas ni importantes las modificaciones en el nuevo Código Penal, dado que solo se crean cuatro figuras delictivas: defraudación de fluidos, utilización indebida de información privilegiada, acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones y gestión indebida de recursos sociales. Las cuales en su mayoría no eran atípicas en comparación con el ordenamiento penal anterior, puesto que bien podrían ser cobijadas por tipos legales patrimoniales como el hurto, el abuso de confianza o la estafa (la defraudación de fluido y el acceso ilegal o prestación ilegal de servicios de telecomunicaciones), en tanto que la gestión indebida de recursos sociales de modo difícil encontraba adecuación en el pasado régimen; este último delito ha debido ubicarse bajo la clasificación de los delitos contra los intereses colectivos no solo por razones de técnica legislativa sino también para facilitar la intervención del actor popular en procura del restablecimiento del derecho por cuanto la malversación y dilapidación de bienes era antes delito contra la familia, cuya ubicación es más adecuada en los delitos contra el patrimonio económico, tal como la trae el nuevo estatuto penal.

## **2.1 EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO**

La tutela penal mediante la tipicidad de los delitos contra el patrimonio económico no recae solo sobre bienes sino sobre las relaciones posesorias y, en concreto, sobre la universalidad de los bienes, que incluye los derechos subjetivos que se tengan sobre aquellos y aun las meras expectativas de contenido patrimonial. Los bienes solo son el objeto de tal relación, y en lo penal son el objeto material de esta especial delincuencia.

El bien jurídico en los delitos contra el patrimonio económico es el conjunto de relaciones posesorias legítimas. Se trata de la relación del hombre con las cosas, servicios o derechos con significado económico, la cual debe ser material y voluntaria .

Material, porque debe existir: un contacto físico entre el bien y el sujeto titular de tal relación, o la titularidad de un derecho que le pueda reportar beneficio o ventaja de carácter patrimonial, los cuales se ponen en peligro delitos como el de utilización indebida de información privilegiada, o la titularidad de una expectativa que se frustra en delitos como los de alzamiento de bienes y disposición de bien propio o gravado con prenda, en los cuales el agente malogra un recaudo del acreedor. Pudiera decirse que en estos casos concretos no hay relación posesoria porque no hay cosa sobre la cual se ejerza esta materialidad, pero aquella versa sobre un derecho de propiedad que se defrauda cuando, por ejemplo, el empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada divulga información, o el deudor de alza con los bienes o dispone del gravado con prenda sin tenencia del acreedor, en los cuales se frustra una expectativa de prestación de carácter patrimonial cuya satisfacción aguarda el titular de la relación. Esto significa que

la relación material no es solo sobre bienes sino también sobre las cosas incorporales que son los derechos de diversa índole.

Voluntaria, porque de parte del sujeto que tiene tal proximidad espacial debe haber iniciativa en el sentido de querer dicha relación. A la relación posesoria se le asignan los siguientes supuestos: 1. El contacto material y voluntario del hombre con la cosa; 2. El sujeto, y 3. El objeto .

Debe haber contacto material y voluntario, porque se requiere que el hombre ejerza la dominación del hecho, es decir la potestad efectiva, la cual debe ser voluntaria, porque la relación no es del todo material, debido a que lleva implícito el elemento intencional, que le confiere el actual señorío. La relación puede ser de simple conservación (la del depositario), de uso (la del arrendatario), de goce (la del usufructuario) y de disposición (la del propietario).

El segundo supuesto indica que en toda relación debe existir un sujeto, quien es el titular de la misma.

El tercer elemento consiste en la cosa sobre la cual se cumple por parte del sujeto la denominación de hecho; comprende también los derechos subjetivos.

La relación posesoria debe ser legítima, porque no basta una relación solo fáctica y voluntaria con la cosa, sino que se requiere que sea tutelada por el ordenamiento jurídico. Esta comprendida por la posesión, las deudas y obligaciones. Se descartan los supuestos de posesión antijurídica, dado que la cosa poseída de manera antijurídica forma parte del patrimonio de quien fue despojado de manera injusta. La legitimidad la da la pureza del origen de tal

relación, pues el derecho penal no puede salir en defensa de una relación ilegítima.

### *2.1.1 El Objeto Material En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico.*

En el ámbito de los delitos contra el patrimonio económico el objeto material es por lo general real, y de manera excepcional fenomenológico; se descarta al personal en razón de la naturaleza de la relación que se protege, pues el patrimonio solo versa sobre bienes.

El objeto material está considerado en forma singular en aquellos delitos en los cuales la calidad del bien (mueble o inmueble) se menciona en el tipo penal, y a este grupo pertenece la mayoría de los delitos. Con todo, existen tipos penales que no individualizan el objeto material, por lo cual puede recaer el comportamiento sobre cualquier elemento de contenido patrimonial.

El objeto material en los diferentes tipos penales patrimoniales se señala así:

- a. El objeto material es por exclusividad cosa mueble en los delitos de hurto, abuso de confianza, sustracción de bien propio y disposición de bien propio gravado con prenda.
- b. Se exige objeto material inmueble en los delitos de usurpación. En el concepto de inmueble quedan comprendidas las aguas públicas y privadas (Art. 262 C. P.). Son aguas públicas los ríos y las que corren por cauces naturales (Art. 677 C. C.); aguas privadas con las que nacen o mueren dentro de una misma heredad (*idem*) y las que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena (Art. 895 *Ibíd.*).

- c. Existen tipos penales que solo utilizan las expresiones "bien" o "bienes", como en los de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, alzamiento de bienes y daño en bien ajeno, en los cuales el objeto material puede ser mueble o inmueble.
  
- d. El objeto material es fenomenológico en el delito de abuso de condiciones de inferioridad, porque se concreta la acción en la realización por parte del sujeto pasivo de un acto capaz de producir efectos jurídicos que lo perjudiquen. El objeto material puede consistir en un contrato, verbigracia promesa de contrato, compraventa, donación, etc.
  
- e. En el delito de fraude mediante cheque es difícil precisar el objeto material. No puede decirse que lo es el cheque, porque este no es el objeto de la relación posesoria sino el documento que tiene incorporado el derecho. El objeto material es la cosa o el servicio objeto de la disposición o prestación que se constituyó en la causa de la emisión o transferencia.
  
- f. El tipo penal de la extorsión no señala el objeto material. Lo es la cosa, servicio, utilidad o derecho de contenido económico respecto de los cuales el sujeto pasivo realiza el comportamiento de hacer, tolerar u omitir.

### ***2.1.2 El Sujeto Activo En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico***

Por la calidad del sujeto activo en los delitos patrimoniales, existen tipos penales que señalan de manera expresa una condición personal en el mismo, como la de no comerciante en el de alzamiento de bienes, dueño de la sustracción de bien propio y tutor o curador en la malversación y dilapidación; así mismo, hay otros tipos en los cuales tal exigencia es tacita, como en el de fraude mediante emisión de cheque, el que solo puede ser ejecutado por quien ha celebrado con el banco contrato de cuenta corriente, pues si el girador carece de tal condición no incurre en este delito sino en otro, por ejemplo, falsedad documental y/o estafa.

Las tres figuras delictivas patrimoniales nuevas (defraudación de fluidos, acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicación y gestión indebida de recursos sociales) no tienen sujeto activo cualificado y pueden ser realizadas pro cualquier persona.

### ***2.1.3 El Sujeto Pasivo En Los Delitos Contra El Patrimonio Económico***

Es sujeto pasivo en los delitos contra el patrimonio económico el titular de la relación posesoria lesionada o puesta en peligro mediante la conducta del sujeto agente.

En materia de delitos contra el patrimonio económico el sujeto pasivo es en esencia singular. Sin embargo, en algunos eventos resultan damnificadas varias personas con el acto de desposesión o destrucción. Así, la cosa

pertenece a varios dueños cada uno de estos es sujeto pasivo del respectivo hecho punible.

En el delito de defraudación de fluidos el sujeto pasivo es el dueño o poseedor de la fuente de energía eléctrica, agua, gas natural o señal de telecomunicaciones.

## **2.2 LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA**

El delito de defraudación de fluidos fue tipificado expresamente por el actual código penal (Art. 256 ley 599 de 2000), lo que significa que no existía como tal en las legislaciones penales anteriores, tales como la de 1936 o la de 1980. Esta conducta punible consiste, en líneas generales, en la apropiación de energía eléctrica, agua, gas natural o señal de telecomunicaciones, valiéndose de cualquier medio clandestino o alterando sistemas de control o aparatos contadores; causándose con ello un perjuicio ajeno, y por tanto es uno de los delitos que atenta contra el patrimonio económico.

Lo anterior no implicaba que tales comportamientos no fueran punibles en vigencia de los códigos penales que precedieron al actual, ya que estos comportamientos se consideraban, por lo menos mayoritariamente, como hurto o como estafa.

Quisiéramos partir de un ejemplo sencillo: un individuo, de manera fraudulenta, se apodera (o apropia) de energía eléctrica para su establecimiento de comercio, utilizando clandestinamente un cable; así evita el control y con ello el

pago de dicho servicio, y perjudicando el patrimonio económico de la empresa prestadora del mismo.

En el supuesto anterior es claro que hoy en día sería un caso de defraudación de fluidos. Sin embargo, vale la pena preguntarse o reflexionar como se resolvían estos eventos en vigencia de la legislación penal de 1980 (decreto 100 de 1980).

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se consideraba, de manera mayoritaria, que se trataba de un delito de hurto, ya que en estos supuestos el sujeto agente se apoderaba de energía eléctrica, la cual, a su vez, se consideraba como cosa mueble ajena, existiendo además el propósito de obtener provecho para sí, causando un perjuicio económico a otro.

De todas maneras, en vigencia de las legislaciones anteriores se presentaba la discusión, si la energía eléctrica (incluso se podría extender al agua, el gas, o las señales de telecomunicaciones) podía considerarse como "cosa mueble" o no.

Recordemos, en primer lugar, que para efectos penales se considera cosa mueble todo aquello que se puede transportar de un sitio a otro. El concepto de cosa mueble en materia penal difiere del civil, por cuanto algunos bienes que civilmente son inmueble (por adhesión o destinación), como por ejemplo una puerta, una ventana, un tractor de una finca, desde el ámbito penal son muebles y por ende pueden ser objeto material del delito de hurto.

Un sector absolutamente minoritario entendía que la energía eléctrica no podía ser considerada como cosa mueble, en razón a que los fluidos y sustancias análogas carecían de corporeidad; o por falta de tangibilidad efectiva; o no

tienen cabida dentro de las cosas corporales ; o porque implicaba una interpretación extensiva, mientras otros no compartían el criterio, explicando que era contrario al principio de tipicidad y en consecuencia contrario al de legalidad, lo que llevaba a una interpretación analógica in malam partem, prohibida por nuestro ordenamiento penal; y otros entendían que el legislador no había previsto estas situaciones para el delito de hurto.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria consideraba, repetimos, que la energía eléctrica (incluso otros fluidos) debía considerarse como cosa mueble ajena y por tanto ser objeto del delito de hurto. Estos son algunos argumentos:

BARRERA DOMÍNGUEZ manifiesta: "Nuestro Código Penal no hace tal equivalencia y, por tanto, deja al juez darle a la energía eléctrica, como corresponde, el alcance de cosa para los efectos de la incriminación del hurto, en la apropiación que haga el delincuente mediante desvío de los cables de conducción ".

LISANDRO MARTÍNEZ, manifiesta: "Sin embargo, a pesar de la naturaleza sui generis de estos fluidos, la asimilación a bienes muebles se impone por lógica elemental. Simplemente repugnaría la asimilación de la energía a inmueble "

RODOLFO MANTILLA en este sentido afirma: "Nos parece que no existe dificultad para predicar la posibilidad que tiene la energía eléctrica de ser objeto material de este tipo penal, en cuanto es cosa mueble susceptible de apropiación, siempre que se utilicen los elementos técnicos e idóneos requeridos para su traslado, deposito, manejo y uso ".

MOLINA ARRUBLA sostiene: "A nuestro modo de ver, entiendo cabalmente qué es o en qué consiste la energía eléctrica, que no es más que el movimiento de

neutrones y protones dentro de un conductor, a partir de un estímulo inicial, nosotros diremos que se trata allí de una "cosa" (con corporeidad y valor económico), " mueble" (por el desplazamiento interno a través del conductor): no se trata, entonces, ni del hurto de los cables, ni del hurto de las baterías o acumuladores, sino, exactamente, del hurto de la energía que se transmite a través del conductor. Por ello, para nosotros es perfectamente posible y factible el hurto de energía eléctrica, obviamente, a condición de que se reúnan y satisfagan los demás elementos estructurales del tipo penal que nos ocupa ".

ALBERTO SUÁREZ señala: "Aun cuando ha sido materia de estudio en forma suficiente, debe recordarse que la energía eléctrica, térmica, nuclear, etc., para los efectos penales ha de ser considerada como bien mueble, porque puede almacenarse y ser materia de apoderamiento; a pesar de que no es fácil su percepción por el órgano de la visión, si lo puede ser por otro, como el tacto, por ejemplo; además tiene valor económico no despreciable ".

Debe recordarse además que en el Anteproyecto de 1976 se manifestó que para efectos penales se consideraba como cosa la energía eléctrica y toda otra que tenga valor económico; definición que se repitió en el Proyecto de 1978, pero que, sin embargo, no se incluyó en el Código Penal de 1980 .

Otro antecedente importante en materia de energía eléctrica es la ley 142 de 1994 (Ley Básica de Servicios Públicos Domiciliarios), que en su artículo 141, inciso tercero consagró: "La entidad prestadora podrá proceder igualmente al corte en el caso de acometidas fraudulentas. Adicionalmente, y tratándose del servicio de energía eléctrica, se entenderá que para efectos penales, la energía eléctrica es un bien mueble; en consecuencia, la obtención del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto".

De esta manera podríamos afirmar que entre nosotros estaba resuelto el problema del apoderamiento de energía eléctrica y otros fluidos, por vía del delito de hurto, al considerarse estos como cosa mueble y, seguramente, no resultaba necesario crear un tipo especial como el de defraudación de fluidos, que como veremos más adelante, trae más problemas que soluciones.

Miremos otro ejemplo sencillo: el usuario altera fraudulentamente el medidor o contador de agua o gas, de tal manera que se registra un consumo menor, que a su vez implica un pago menor del que le correspondería realmente, y perjudica el patrimonio de quien suministró tal servicio.

Estos casos se resuelven en la actualidad acudiendo al tipo penal defraudación de fluidos (Art. 256 del C. P. de 2000). Anteriormente se intentaban resolver por vía de la estafa, argumentando que efectivamente se habían utilizado artificios al alterar los contadores, lo cual llevaba a error a la persona o empresa suministradora del servicio, y ello a su vez implicaba la obtención de un provecho económico ilícito para el usuario y un correlativo perjuicio patrimonial para quien proveía el servicio. Se hablaba en estos casos de estafa, ya que se utilizaba el engaño, el cual caracteriza al delito precitado.

Esta solución del caso planteado por vía de la estafa fue objeto de serios cuestionamientos, entre los que se pueden resaltar; no se puede tipificar el delito de estafa toda vez que no existe un verdadero engaño a una persona, no existe un proceso de inducción a error o mantenimiento en el mismo a un sujeto determinado; pero tal vez el argumento más importante y reiterado es que no se produce un acto de disposición que, derivado del error en que incurre el perjudicado, transfiera el uso de los fluidos como consecuencia del engaño; dicho en otras palabras: porque no hay un acto de disposición que transfiera mediante engaño el uso del agua, el gas u otro fluido.

Como hemos visto hasta el momento, los ejemplos planteados de apoderamiento fraudulento de energía eléctrica (gas, agua y señales de telecomunicación) se resolvían, sin mayor problema, por vía del delito de hurto y excepcionalmente estafa; sin embargo, el legislador del Código Penal de 2000 consideró que para evitar cualquier problema de interpretación, resultaría mejor la creación de un tipo penal especial denominado defraudación de fluidos.

### **2.3 EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS**

Dispone el artículo 256 del Código Penal:

Defraudación 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.

Este delito señala como verbo rector el de "apropiar", conducta que se puede realizar mediante el empleo de mecanismos clandestinos como la instalación de hilos conductores de fluido eléctrico, tubería para la conducción de agua o gas natural y de antenas parabólicas para la apropiación de señales de telecomunicaciones. También se incurre en este delito mediante la alteración de sistemas de control o aparatos contadores.

En el Código de 1.980 la utilización de mecanismos clandestinos para la apropiación de energía eléctrica, agua, gas natural quedaba cobijada por el tipo penal de hurto, pues se había aceptado que aquellas son cosas para los efectos del derecho penal que admiten el apoderamiento; la alteración de los sistemas de control y aparatos de contador tipificaba el delito de estafa.

Antes de entrar a analizar los aspectos más relevantes de los elementos estructurales del tipo penal, es preciso señalar que la tipificación expresa de esta conducta punible no ha representado ningún avance significativo en la legislación penal colombiana; por el contrario, se trata de una disposición con carácter restringido, con problemas de interpretación por falta de técnica legislativa, con un marco punitivo, que en últimas, como vamos a demostrarlo más adelante, termina beneficiando a estos defraudadores, sin razón o fundamento alguno. Tal vez hubiera sido preferible seguir sancionando estos casos a través de los delitos tradicionales contra el patrimonio económico como es el caso del hurto, o crear un verdadero tipo penal de defraudación de fluidos con una mejor técnica legislativa y una clara orientación política criminal.

### **2.3.1 Bien Jurídico**

La defraudación de fluidos es un comportamiento que atenta contra el patrimonio económico y se encuentra dentro del capítulo correspondiente a las defraudaciones.

Teniendo en cuenta que existen diversas posiciones doctrinarias respecto del concepto de patrimonio económico, nos permitimos citar algunas, a manera simplemente informativa. Para algunos el patrimonio económico debe entenderse en materia penal “como aquel conjunto de cosas respaldadas

jurídicamente que tienen valor económico". Otros lo entienden como una "universalidad de relaciones del tráfico con significado patrimonial económico, abarcadas por el Derecho, en orden a satisfacer expectativas patrimoniales particulares, en el ámbito de un desarrollo justo de las relaciones económicas enmarcadas dentro del interés general de la sociedad" . Otros consideran: "En este sentido amplio se puede definir el patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero" . También lo entienden como "el conjunto de relaciones posesorias legítimas" .

### **2.3.2 Sujeto Activo**

El tipo penal objeto de estudio no exige calificación alguna, ya que la disposición consagra la expresión "el que" para referirse al sujeto activo; significa entonces que cualquier persona natural puede cometer esta conducta punible.

Sin embargo se debe aclarar que el legislador obvió aspectos importantes del régimen del servicio públicos, que impiden que cualquier persona sea sujeto activo en la comisión del delito siendo los únicos posibles autores los usuarios y suscriptores del servicio respectivo .

### **2.3.3 Sujeto Pasivo**

Tampoco existe en el tipo penal calificación alguna para el sujeto pasivo, es decir, que cualquier persona, natural o jurídica, puede ser el titular del patrimonio económico afectado. Seguramente, en la mayoría de los casos, el

sujeto pasivo será una persona jurídica encargada de suministrar el servicio respectivo.

Lo anterior no obsta para que en algunos supuestos sea un tercero quien resulte lesionado en su patrimonio económico, como por ejemplo en el caso de un individuo que de manera clandestina se conecta a la línea telefónica de otro que recibe el servicio y, en consecuencia, debe pagar un mayor valor, lo que implica afectación de su patrimonio económico.

#### **2.3.4 Verbo Rector**

La conducta que utiliza el tipo penal de defraudación de fluidos es apropiarse.

En Colombia, se ha distinguido como conducta de algunos delitos la expresión apropiación, como es el caso del abuso de confianza, la defraudación de fluidos, y el peculado por apropiación; en tanto para otras conductas punibles se hace alusión al apoderarse, por ejemplo, en el hurto. Dicho de otra manera: el legislador colombiano, al parecer, diferencia la apropiación del apoderamiento.

En efecto, “se apropia de una cosa –dice ÁLVARO PÉREZ hablando del abuso de confianza- quien teniéndola en su poder actúa respecto de ella con ánimo de señor y dueño, así como cuando establece sobre ella relaciones equivalentes o análogas a las del propietario sin la intención de retornarla” .

“La apropiación, entonces –sostiene JORGE ARENAS-, exige dos clases de ingredientes: uno objetivo que comprende todos los actos consustanciales de propietario tales como los actos de disposición, uso, abuso, goce y usufructo. Otro subjetivo que comprende el animus rem sibi habendi que tiene sus

principales manifestaciones en el ánimo de señor y dueño, en el desconocimiento o negativa a reconocer que un tercero es el dueño, la negativa a devolver el bien a su legítimo propietario, el ánimo de obtener provecho económico o animus lucrandi” .

Es preciso resaltar que la doctrina es reiterativa en sostener que para hablar de apropiación resulta indispensable que el sujeto agente tenga el bien en su poder, y que posteriormente ejerza actos de señor y dueño.

Cuestión diferente sucede con el apoderamiento, conducta utilizada para describir el delito de hurto. Apoderarse es una “operación material que indica que se trata de un comportamiento de acción por parte del sujeto activo, quien debe tomar la cosa mueble ajena por sí (propia manus) o por interpuesta persona (longa manus), sustrayéndola de la orbita de control del titular en oposición a la voluntad de éste, para colocarla bajo su poder o el de un tercero ”. Otros sostienen que apoderarse es “sustraer, sacar de la esfera de dominio, tomar sin derecho” .

Si se parte, entonces, de que en la apropiación el sujeto agente debe tener la cosa en su poder, como sostiene la doctrina, el delito de defraudación de fluidos sería prácticamente inaplicable en la mayoría de los casos, pues en la hipótesis previstas para esta conducta, cuyos ejemplos han sido citados en procedencia, el sujeto agente no tiene el fluido (agua, gas natural, energía eléctrica o señal de telecomunicaciones) en su poder, por tanto, no podría apropiarse sino únicamente apoderarse, presentándose así el delito de hurto y no la defraudación prevista en el artículo 256 del Código Penal.

Para evitar que la defraudación de fluidos sea inaplicable, el único camino que quedaría, entonces, sería hacer una interpretación amplia (no muy ortodoxa),

en el sentido de entender la apropiación como hacer suya una cosa, comportarse frente a ella con ánimo de señor y dueño, aunque no la tenga en su poder. Esta falta de técnica legislativa confirma el hecho de que el tipo penal de defraudación de fluidos no resultaba necesario, pues se puede suplir, por lo menos en la inmensa mayoría de los casos, con el delito de hurto.

Ahora bien, la apropiación de que habla la defraudación de fluidos únicamente admite la modalidad dolosa, excluyendo, obviamente el delito imprudente.

Así mismo, se trata de un delito de resultado, pues el tipo penal exige que efectivamente el sujeto agente se apropie del fluido y con ello cause el perjuicio ajeno; por tanto, es perfectamente aplicable la tentativa (Art. 27 C.P.). También es de ejecución permanente.

Ahora bien, la apropiación que exige el tipo penal está condicionada, ya que únicamente se puede presentar en dos casos:

- Mediante cualquier mecanismo clandestino

Clandestino, según el Diccionario de la Lengua Española, significa secreto u oculto. En consecuencia, sería defraudación de fluidos si, por ejemplo, a una tubería de agua se conecta una manguera, de manera no visible, y de esta forma se apropia ilícitamente del fluido, sin pagar el costo respectivo.

Para muchos Doctrinantes al utilizar la expresión "clandestino" se incurrió en un error de técnica legislativa, toda vez que clandestino es lo secreto u oculto, la conducta sería relativamente atípica, cuando, por ejemplo, la apropiación de fluido se hace de manera abierta, visible, como cuando la persona dueña de una caseta, en una vía pública, mediante un cable la conecta a la red de

energía. Es decir, si quien se apropia ilícitamente del fluido lo hace clandestinamente (de manera secreta u oculta) sería defraudación de fluidos, en tanto, si quien lo realiza lo hace de manera abierta, visible, no oculta, estaría en presencia de hurto, lo cual no parece justo, ni razonable. Lo anterior recaería en la hipótesis que tal vez hubiese sido mejor la no tipificación expresa de la defraudación de fluidos, por lo menos en la forma en que quedo consignada en el artículo 256 Código Penal.

Sin embargo, teniendo en cuenta aspectos técnicos sobre la conducta que se estudiarán mas adelante se desvirtuaría esta posible falla del legislador.

- Mediante la alteración de los sistemas de control o aparatos contadores

La segunda modalidad de apropiación que permite el tipo penal implica que el sujeto agente altere o bien los sistemas de control o bien los aparatos contadores. Alterar, según el Diccionario de la Lengua Española, es cambiar la esencia o forma de una cosa, como por ejemplo, cuando un individuo mediante un procedimiento fraudulento modifica el aparato contador de la energía o el sistema de control de la señal de telecomunicaciones, y logra que dichos aparatos registren únicamente un porcentaje mínimo del consumo real, pagando en consecuencia un valor menor al que efectivamente debía, perjudicando así el patrimonio de la persona que suministra el servicio.

Se considera un caso de defraudación de fluidos la reconexión fraudulenta, cuando el usuario a quien le han suspendido el servicio, alterando los sistemas de control, obtiene el suministro del fluido evitando el pago del mismo.

Así mismo se afirma que la acometida fraudulenta es un ejemplo de defraudación de fluidos, entendiendo por ésta "cualquier derivación de la red

local, o de otra acometida del correspondiente servicio, efectuada sin autorización del prestador del servicio” .

En síntesis, el tipo penal de defraudación de fluidos es restringido, pues únicamente consagra la apropiación de dos maneras: una, mediante la utilización de mecanismos clandestinos; y dos, a través de la alteración de los sistemas de control o aparatos contadores. Lo anterior implica que si la apropiación del fluido se realiza de manera diferente, tendrá que recurrirse a otra conducta punible.

En efecto piénsese el caso en que el aparato contador del agua, por alguna razón extraña, sufre un daño y no marca el consumo real. El usuario del servicio se da cuenta de ello y aprovechándose de dicha situación paga durante mucho tiempo un valor ínfimo, no real, en cuyo supuesto estaríamos en presencia de una defraudación diferente denominada aprovechamiento de error o caso fortuito.

Ahora bien, si el sujeto no altera, como exige la defraudación de fluidos, sino que destruye los contadores de fluidos y de esta manera se apropia de los mismos, al parecer la conducta no encajaría en la defraudación estudiada, por no realizarse efectivamente la apropiación mediante alteración, y parecería, entonces, que se trata más bien de un hurto calificado por ejercer violencia sobre las cosas, de conformidad con el artículo 240 del Código Penal.

Cuando se dañan obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible a su almacenamiento, no estamos frente a defraudación de fluidos, sino ante una conducta punible contra la seguridad pública (uno de los delitos de peligro

común), prevista en el artículo 357 del Código Penal. Esta figura admite la modalidad culposa, de conformidad con el artículo 360 del C. P.

Tampoco pueden sancionarse como defraudación de fluidos aquellos casos en que la persona que suministra el gas, el agua, la energía eléctrica o la señal de telecomunicaciones, altera los sistemas de control o los aparatos contadores, logrando así que el usuario pague un mayor valor del que realmente le corresponde, pues aquí no existe apropiación de ningún fluido, lo cual llevaría seguramente, de darse todos y cada uno de los requisitos, a sancionarse por un delito de estafa.

No puede hablarse de defraudación de fluidos cuando existe apoderamiento de hidrocarburos o sus derivados cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, naftaducto, poliducto o se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo, pues en estos casos el legislador colombiano les da un tratamiento especial.

Similar situación se presenta cuando existe apoderamiento sobre materiales nucleares o elementos radioactivos, ya que el numeral 15 del artículo 241 del Código Penal lo consagra como circunstancia de agravación punitiva del delito de hurto.

### **2.3.5 Objeto Material**

La defraudación de fluidos exige que la conducta de apropiación recaiga, única y exclusivamente, en cuatro objetos materiales, a saber; energía eléctrica, agua, gas natural y señal de telecomunicaciones.

Al limitar el objeto material, es obvio que el tipo penal es restringido, pues no parece razonable que se contemple únicamente a la energía eléctrica y se deje por fuera otras especies de la misma; igual argumento se puede utilizar frente al gas natural, ya que, por lo menos teóricamente, podría pensarse en una apropiación, como dice el Código, de estas otras sustancias. Tendríamos, entonces, que si alguien se apropia ilícitamente de energía diferente a la eléctrica o un gas que no sea natural, se estaría en presencia del delito de hurto, que como veremos mas adelante tiene pena mayor, y no ante la defraudación de fluidos, diferencia que no tiene explicación racional alguna. El legislador colombiano debió, entonces, utilizar simplemente como objeto material la energía y el gas, sin más limitaciones. Por ello es que en otras legislaciones como la española, el objeto material es más amplio, pues permite que la defraudación de fluidos se de sobre energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos.

### **2.3.6 Marco Punitivo**

Una especial reflexión merece el tema de la pena estimada para la defraudación de fluidos. El artículo 256 la estipula 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.

No resulta entendible por qué el legislador del año 2000 impuso una pena menor en el caso de la defraudación de fluidos que la correspondiente al delito de hurto, pues de conformidad al artículo 239 del Código Penal, el hurto simple tiene como sanción prisión de dos (2) a seis (6) años.

Es más: el delito de hurto simple tiene un aumento punitivo cuando se presentan las circunstancias previstas para el hurto calificado, consagrado en el artículo 240 del C. P., ya que en tales supuestos la pena es prisión de tres (3) a ocho (8) años. Incluso, tanto el hurto simple como el calificado se agravan, según el artículo 241 del C. P. de una sexta parte a la mitad, cuando concurren las circunstancias descritas en dicha disposición. Es decir, las circunstancias que implican mayor punibilidad consagradas en los artículos 240 y 241, no son aplicables a la defraudación de fluidos.

Es decir el legislador de 2000 terminó favoreciendo a todas aquellas personas que cometan el delito de defraudación de fluidos, pues anteriormente se sancionaba con pena mayor, la correspondiente al hurto y sus respectivas calificantes o agravantes.

Con lo anterior pretendemos poner de presente la incongruencia de nuestra legislación penal en materia punitiva, pues apropiarse de energía eléctrica o gas natural implica una pena mayor –la de defraudación de fluidos– que la pena de hurto, cuando se trata del apoderamiento ilícito de otra clase de energía o gas, lo cual no tiene explicación razonable.

De todas maneras, al delito de defraudación de fluidos le son aplicables las circunstancias de agravación previstas para todos los delitos contra el patrimonio económico, de conformidad con el artículo 267 del C. P.; al igual que la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 y la disminución por reparación del artículo 269 del C. P.

De conformidad con el Código de Procedimiento Penal, el delito de defraudación de fluidos es de los indicados por la ley como querrelables; esto quiere decir que quien puede poner en conocimiento los hechos para que el

fiscal inicie la acción penal solo puede ser el sujeto pasivo del delito, y la acción puede culminar de forma anticipada por desistimiento, que implica la manifestación expresa de la entidad, por medio del representante en el proceso penal, de no continuar con la acción penal.

En materia de delitos querellables resulta importante señalar que la querella tiene una caducidad de 6 meses contados a partir de la concurrencia del hecho, término que se redujo respecto del Código de Procedimiento Penal anterior, decreto 2700 de 1991, que establecía un año.

Igualmente, como modificación al Código de Procedimiento Penal de 1991 se establece que puede ampliarse el término de caducidad de la querella a un año, siempre y cuando el sujeto pasivo del delito no hubiese conocido del hecho por fuerza mayor o caso fortuito, y dicho término se comienza a contar cuando las causas del desconocimiento desaparezcan.

Es importante recordar que el delito de defraudación de fluidos puede ser de ejecución permanente, como se ha analizado anteriormente, luego, si un individuo recibe de forma ilícita el servicio por espacio de un año, el último día que se recibe el servicio comienza a contarse el tiempo de caducidad de la querella.

Otra posibilidad de terminar con la acción penal es la indemnización integral, que implica que el afectado y querellante sea compensado económicamente por los daños y perjuicios ocasionados por el delito y haga tal manifestación al funcionario, quien debe proceder a la preclusión de la investigación.

Una tercera forma procesal que puede terminar con el proceso penal es la conciliación regulada por el artículo 41 del Código, sobre la que se debe tener

en cuenta que una vez logrado el acuerdo el fiscal o juez disponen de 60 días para verificar el cumplimiento de los acuerdos a los que se ha llegado.

El perjudicado, previa la constitución en calidad de parte civil, puede solicitar se impongan medidas cautelares en contra de los sindicatos, las cuales pueden ser decretadas por el fiscal, quien hace un estudio de la situación procesal y, si encuentra que se dan los requisitos legales establecidos en el artículo 350 de CPP, puede proceder a la medida solicitada cumpliendo los demás requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil para el efecto.

Actualmente y en vista de la reforma al Código penal se ha reducido – Transitoriamente- el término para la imposición de querellas a 4 meses.

### ***2.3.7 Agravantes Y Atenuantes Por La Cuantía***

Cuando de la determinación del perjuicio se llega a la conclusión que éste es superior a los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tal caso la pena del delito de defraudación de fluidos se aumenta de la tercera parte a la mitad, esto es de 16 a 72 meses.

De otro lado, la conducta puede ser atenuada en caso de que lo apropiado, para el efecto el fluido eléctrico, sea en cuantía menor a un salario mínimo, ello siempre que el sindicato no tenga antecedentes penales y si no se ha causado daño a la víctima.

Se hace referencia también en el artículo 267 a quien existe aumento punitivo cuando el objeto material es un bien del Estado. Este aspecto en materia de defraudación de fluidos lleva a que se establezca el carácter de la empresa

prestadora para determinar si el fluido pertenece o no al Estado, dado que se utiliza una expresión genérica, luego es un aspecto que puntualmente deberá demostrarse según la fuente de donde se tome el fluido.

## **3. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA Y SUS MEDIOS PROBATORIOS**

### **3.1 MEDIOS PROBATORIOS**

Es importante señalar tal y como se advirtió en el capítulo anterior que tanto para el análisis del tipo como para la evaluación de los medios probatorios es importante tener en cuenta el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

La ley 142 en sus artículos 108, 109 y en especial el 133 en su párrafo 1, 3 y 8 nos hablan de las pruebas y de quienes tienen el cargo de practicarlas, y para el caso tal función pertenece a la empresa prestadora del servicio, es decir, estas son las encargadas de recoger todas las evidencias necesarias para una vez comparadas con el artículo 141 de la misma ley y lo dispuesto en el Código penal colombiano interponer las denuncias por el delito objeto de la presente investigación.

Para dar mayor claridad a lo anteriormente expuesto hemos catalogado los diversos medios de prueba aportados por las empresas de servicios públicos en la presentación de sus denuncias.

a. Inspección ocular para el caso inspección de irregularidades o visita técnica, es realizada por empleados y/o contratistas de las EPS, la cual arroja ciertos resultados que se inscriben bajo gravedad de juramento en un acta, la cual –véase anexo 1- define si en el predio existe alguna causal de

incumplimiento del contrato de condiciones uniformes por parte del usuario. Es de resaltar que en esta inspección además de verificar el estado de las conexiones y aparatos de medida por lo general se normaliza el servicio en los casos en donde se evidencia fraude evidente es decir si existe una acometida fraudulenta caso mas común en lo referente a energía esta se retira.

b. Historial de consumos es una prueba hecha en la misma empresa prestadora del servicio pues conlleva un análisis anterior y posterior a la visita al inmueble, de los consumos del usuario, en este punto es importante tener en cuenta si existe o no una desviación significativa, un alza o baja comparativa de la cantidad de fluido utilizado por el cliente (Ver anexo 2).

c. Peritos, lamentablemente en Colombia no existen en realidad peritos capaces de evaluar debidamente las pruebas allegadas por las E.S.P. pues son estas mismas –laboratorios y empleados- los que dictaminan la manipulación tanto de las redes como de los aparatos de medida.

Otros medios utilizados comúnmente, tales como fotos, videos, grabaciones magnetofonías son evidencias claves en el proceso penal, pues se aclara que en un principio el resultado de la inspección ocular –Acta de Visita Técnica - era plena prueba dado que su carácter de juramentada y de por si, la base para el inicio de la actuación para la imposición de una sanción por el incumplimiento del contrato o para la denuncia penal, sin embargo dado a que en la misma inspección la empresa normaliza el servicio –se erradica la irregularidad, dejando en normal funcionamiento las conexiones y equipos de medida en el inmueble- estos medios de prueba tomaron gran importancia pues son estos y

su calidad los únicos medios con que cuenta la Fiscalía para tener un real acercamiento a los hechos generadores de la conducta (ver anexo 3).

### **3.2 LA CONDUCTA, SU CONSUMACIÓN Y LOS MEDIOS PARA EJECUTARLA**

El verbo rector que se describe en la norma es el de apropiar, que usualmente se conoce como hacer suyo algo; como lo indica su origen, hacer propio es el comportamiento que se exige por el legislador.

Lo mas importante que se debe tener en cuenta en lo que se refiere a la apropiación de fluidos es que dicha conducta se confunde con el uso, pues al obtener la energía, en ese momento ocurre la apropiación. No consideramos de utilidad entrar a analizar si el verbo rector fue el mejor o por el contrario otros como el de la sustracción o defraudación, como los que utilizan otras legislaciones, son mas indicados; lo importante es tener en cuenta que sin duda alguna lo pretendido por el legislador es sancionar penalmente la obtención fraudulenta del servicio público de energía eléctrica, esto es, recibir la misma sin mediar los requisitos legales y técnicos exigidos por las disposiciones de servicios públicos.

Lo anterior tiene importantes consecuencias para el régimen penal, puesto que es posible aceptar la tentativa de defraudación de fluidos, como lo hace la doctrina internacional en los casos en que realizada la alteración correspondiente, con el propósito de obtener el beneficio, es detectada por las autoridades .

La conducta defraudatoria es por lo general de ejecución permanente, pues la obtención del servicio se hace con miras a prolongarse en el tiempo, como ocurre en los negocios, hogares u otros inmuebles donde se obtiene el fluido por el tiempo indefinido, hasta que sea detectado por el corte del flujo.

A continuación podemos observar algunas hipótesis de conducta, que sin duda nos ayudarán sobre los hechos a comprender y dar sentido a las exigencias de la norma correspondiente.

### **3.2.1 La Reconexión Fraudulenta**

Como es apenas obvio, la simple mora en el pago del servicio de energía no configura delito, puesto que el servicio está regulado bajo una forma contractual respaldada por la ley básica de servicios públicos domiciliarios, y tal proceder resultaría en la proscrita cárcel por deudas.

Sin embargo, con la mora puede generarse una inicial posibilidad de ejecución de la conducta punible, puesto que ante la suspensión del servicio la obligación del usuario es respetar el no suministro del fluido energético y aclarar la situación ante la empresa de energía correspondiente. Si se procede a realizar una reconexión fraudulenta, sin duda se obtiene la prestación del servicio de forma ilícita y como consecuencia de ello se incurre en el delito de defraudación de fluidos, pues se generan los elementos propios del delito que son:

- La alteración de los medidores, los mecanismos de control o el contador.
- La apropiación que se traduce en la obtención del servicio de energía eléctrica.

- El perjuicio en contra del prestador del servicio.

Al interior de esta misma hipótesis, podemos encontrar también la reconexión ilícita hecha o no ya vinculando a la red interna como sí a la red de distribución, en casos que ya se han presentado en el país en los que se ha suspendido el servicio a determinadas zonas de alguna ciudad y donde personas hacen la reconexión de forma ilícita, desde ciertos puntos de la red.

En estos casos, cabe afirmar también que puede haber situaciones de coautoría y determinación en el delito de defraudación de fluidos, dado que algunas personas aceptan la conducta y se benefician de ella, admitiendo la reconexión y haciendo uso del servicio sabiendo que fue ilícitamente restablecido, como también puede haber determinador y autor material como quienes alteran el cableado de la red de distribución y los que dan las ordenes para realizar la maniobra defraudatoria.

Consideramos que no es necesario que el servicio haya sido desconectado, sino que el delito pueda realizarse así aquel este simplemente suspendido pues, en cualquiera de las situaciones el acceso al servicio resulta abusivo y se causa perjuicio a la empresa operadora, dado que además de la mora se reinicia el pago correspondiente de la reconexión, multas, intereses y con la lesión a los elementos físicos que impiden el flujo de la energía al inmueble.

Es importante considerar que si luego de requerida la persona por parte de la empresa y comprobada la ilicitud de la reconexión se efectúa el pago del servicio, esto puede tener consecuencias a favor del autor del hecho, sea por abstenerse de denunciar la empresa, ya que el delito es de carácter querellable –art. 35 C.P.P.-, o por la misma desistir de la acción penal validamente ante el

fiscal o juez, según sea el caso; o también por la aplicación de la indemnización integral con fundamento en el artículo 39 del C.P.P.

### **3.2.2 La Acometida Fraudulenta**

Resulta evidente que esta es una de las modalidades más utilizadas para la sustracción de energía y que fue una de las preocupaciones del legislador, puesto que esta es una de las violaciones más flagrantes a la prestación de los servicios públicos, no solo en contra de las empresas prestadoras del servicio, sino también en contra de quienes lícitamente acceden a la energía cumpliendo a cabalidad los requerimientos legales y técnicos que permiten la correcta cobertura del servicio.

Por "acometida" entiende la ley de servicios públicos en su artículo 14.1: "derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble". En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general. Para el caso de alcantarillado la acometida es la derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el contador de la red local.

En las resoluciones administrativas de la CREG se encuentra definida la acometida fraudulenta como "Cualquier derivación de la red local, o de otra acometida del correspondiente servicio, efectuada sin autorización del prestador del servicio".

Para efectos penales, es de trascendental importancia que la acometida fraudulenta pretende ante todo la evasión de las mediciones de consumo que son esenciales a la prestación del servicio.

En este punto se aclara lo expuesto en las páginas 56 y 57 de esta investigación en cuanto al verbo rector en lo referente al término “clandestino”.

Es importante para este estudio precisar que todas las empresas de servicios públicos son las encargadas de instalar el servicio, de legalizarlo, en otras palabras de dar aprobación a dichas instalaciones según las normas técnicas de la misma entidad o de las entidades encargadas, es decir, que al legalizar el servicio la relación entre Usuario y ESP queda legalmente establecida y ambos tal como se expuso anteriormente son responsables del cuidado y custodia de dichas instalaciones. Por lo tanto cualquier derivación de la red que no este dentro de el conocimiento de al ESP por tramite de legalización de instalaciones en un inmueble debe entenderse bajo el término clandestina.

Si bien en la definición de acometida la 142 hace referencia al “inmueble”, ello no quiere decir que la acometida no pueda dirigirse a espacios abiertos o a casetas movibles o, en fin, a diversas instalaciones en donde se utiliza la energía de forma esporádica o continúa.

Lo que representa un aspecto de importancia para esta modalidad de defraudación de fluidos, y en general para las demás formas de ejecución del delito, es concretar de la manera mas certera posible el consumo realizado puesto que, como delito contra el patrimonio que es, requiere de una demostración clara de lo consumido, llamado generalmente “consumo no autorizado”, y conjuntamente el costo de los perjuicios adicionales que pueden haberse generado. Ello no solo respecto de la situación procesal ya estudiada en los casos de reconexión ilegal, sino para establecer un elemento del tipo como es el perjuicio, que si no es correctamente demostrado, lleva a la atipicidad de la conducta.

Así, los requerimientos que se cumplen, en el presente caso respecto del tipo penal, son:

- El uso de un mecanismo clandestino.
- La apropiación de energía eléctrica.
- El perjuicio del tercero.

En este aparte cabe preguntarse cual puede ser el papel del suscriptor, en materia de perjuicios, en caso de que se ejecute la conducta defraudatoria del usuario, como sería el arrendatario o poseedor del inmueble, ello respecto de la solidaridad que establece la ley 142 de 1994 con su reforma de la ley 689 de 2001. Al respecto cabe afirmar que dicha solidaridad se refiere solo al retardo en el pago es decir a la relación contractual específica entre la empresa y los obligados, y no a daños sobrevinientes de la conducta individual del arrendatario quien desde el punto de vista civil no es ni subordinado ni dependiente del arrendador, como para pensar que pueda estar obligado el propietario a indemnizar a la empresa de servicios por daños y perjuicios diferentes a los establecidos de forma expresa en la ley 142.

### ***3.2.3 La Alteración De Los Contadores***

Otra modalidad defraudatoria que puede configurar el delito establecido en el artículo 256 es la alteración del medidor de energía que se encuentra instalado en el inmueble que recibe el servicio.

La alteración debe consistir en una maniobra que modifique el normal funcionamiento del aparato, de tal forma que se afecte la eficacia en la medición y que de la lectura de las cifras se obtenga información no veraz que produzca una reducción en la tarifa a pagar por parte del usuario en detrimento de la empresa.

Es conocido que algunos fraudes implican la introducción de objetos o mecanismos al medidor, colocando posteriormente sellos adulterados o falsos. Todas estas conductas son las que están incluidas en la descripción de la norma,

Pero el concepto de alteración implica modificación, cambio, y no necesariamente destrucción completa del medidor, ello sobrepasa el ámbito de aplicación del delito de defraudación de fluidos y puede concurrir el delito de daño en bien ajeno, siempre que quien realiza la conducta sea el propietario del inmueble, pues por su naturaleza son diferentes los ámbitos de lesión al bien jurídico que no está incluido en la norma de defraudación.

Luego al expresar la norma correspondiente "alterando los sistemas de control o aparatos contadores", se entiende entonces que tal proceder sobre el medidor puede ser, como se ha sostenido, introducirle elementos, violar los sellos y colocarle aditamentos para que reduzca la marcación, pero no eliminar el mismo, destruirlo, desaparecerlo, inutilizarlo por completo, etc., porque, se insiste, ello no constituye una alteración sino un perjuicio sobre el patrimonio que se sanciona de forma independiente concurriendo así el delito de daño en bien ajeno.

Estos son algunos aspectos relacionados con los diferentes objetos materiales:

Según la oficina de prensa de la Fiscalía General de la Nación, para Codensa en Colombia hay aproximadamente 10 millones de usuarios de electricidad, de los cuales el 5% utiliza conexiones fraudulentas y alteración de medidores .

### **3.3 MECANISMOS Y MÓVILES**

El sector eléctrico registra pérdidas anuales por cerca de un billón de pesos, como consecuencia de la apropiación ilícita de energía eléctrica .

Las modalidades más utilizadas por los defraudadores de energía son las siguientes según Codensa y la ESSA E.S.P. (ver anexo 3):

**Manipulación del medidor:** consiste en reiterar los sellos de la tapa principal del medidor con el fin de retroceder la lectura marcada en el numerador o introducir un elemento que impide el correcto funcionamiento.

**Piñones invertidos:** se controla el numerador con el propósito de interrumpir la velocidad.

**Medidor perforado:** consiste en hacer un orificio en la tapa principal del medidor, de tal forma que se introduce un elemento que frena el disco.

**Puentes abiertos, rotos o aislados:** consiste en separar la conexión entre la entrada de corriente al medidor y la bobina de tensión.

Otras modalidades son las manipulaciones en las conexiones del medidor, por ejemplo:

Puentes de conexión: consiste en conectar externamente un elemento conductor, desde la entrada de la fase al medidor, con la salida correspondiente al mismo.

Medidor desaparecido: consiste en tener un servicio directo para lograr una menor facturación.

Simulación del numerador: consiste en colocar en el visor del medidor un papel adhesivo con la imitación del numerador y así simular la lectura.

La ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. el año inmediatamente anterior encontró en un porcentaje aproximado unas 15000 irregularidades de las cuales, ya porque en proceso administrativo se llegó a acuerdo de pago o por que en proceso de investigación administrativa sumado esto a que su política no se basa tal como lo expresa el abogado penalista MIGUEL A PARRA “no es política de la ESSA E.S.P. judicializar a todos los usuarios defraudadores pues existen mecanismos para resarcir los daños causados” solo se denunciaron 83 casos por defraudación de fluidos y 15 casos por hurto de energía.

También el sector del gas está gravemente afectado en su economía como consecuencia del aumento de las conexiones fraudulentas en tuberías y a la manipulación indebida en los medidores de este combustible, pero con un ítem adicional, en el sentido de que las conexiones clandestinas se vienen haciendo con mangueras y tuberías inadecuadas y en lugar de utilizar soldaduras para conectarlas, están empleándose –según el diario El Tiempo - pegantes que facilitan fugas, las cuales a su vez pueden producir explosiones que podrían ocasionar no únicamente daños de carácter material, sino atentados contra la vida e integridad de las personas.

### **3.4 DIFERENCIAS ENTRE IRREGULARIDAD, ANOMALÍAS Y FRAUDE**

La irregularidad, es toda anomalía técnica en las instalaciones eléctricas y el medidor de un usuario que afecta directa o indirectamente la fidelidad de la medida, ya sea que provenga de una acción ejecutada directamente por el usuario o un tercero, en cuyo caso se denominará fraude o provenga de cualquier evento técnico en donde no haya existido intervención de un usuario o un tercero para alterar la medición del consumo de energía, en cuyo caso se considerará como una simple anomalía. "Para todos los efectos, la irregularidad será el genero y el fraude y la anomalía la especie"

Así entonces mientras que en las anomalías no se advierte manipulación o intervención voluntaria de un usuario o un tercero, en el fraude se materializa la acción ejecutada por el usuario o por un tercero con consentimiento del usuario con el fin de alterar la medición del consumo del servicio, o una conducta que sin alterar la medición produce anomalías en la acometida (incluido el medidor), o viole alguna de las exigencias del Contrato de Condiciones Uniformes.

Para dilucidar este punto, resulta relevante examinar el contenido de lo dispuesto en el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994, en lo concerniente a los instrumentos de medición del consumo .

De estas normas legales se infiere, para el caso en estudio, que no es obligación del suscriptor o usuario cerciorarse que los medidores funcionen en forma adecuada; ya que su deber se orienta a hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de

medida más precisos y para el cumplimiento del mismo tiene hasta un período de facturación, ya que de no tomar las acciones necesarias para repararlos o reemplazarlos, la empresa puede hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

Es fundamental tener en cuenta el contenido del transcrito artículo 145, ya que esta normativa consagra el derecho tanto de la empresa como del suscriptor o usuario de verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo y establece la obligación de ambas partes de adoptar precauciones eficaces para que dichos equipos de medida no se alteren, estando facultada la empresa a retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.

En este sentido, las E.S.P. no puede evadir su carga de adoptar precauciones eficaces para que los equipos de medida no se alteren y trasladar al usuario toda la responsabilidad.

Adicionalmente, debe precisarse que si la empresa encuentra la alteración de los equipos de medida configurándose en ese caso una simple anomalía, es decir, una situación en la que no se ve comprometida la voluntad o conducta del usuario, resulta excesivo que a éste se le sancione pecuniariamente y/o se le denuncie, si fue en parte por la omisión de la empresa en adoptar precauciones eficaces para que dichos equipos de medida no se alteraran, que se generó la pérdida.

No obstante, si con posterioridad a las instrucciones que brinda la empresa de servicios públicos domiciliarios se presenta la alteración, en ese evento, sí es claro, que existe una conducta pasiva del usuario que a pesar de estar advertido sobre las fallas de los instrumentos de medición decide abstenerse a

su suerte de tomar las acciones pertinentes y en consecuencia debe afrontar las consecuencias que esa conducta le genera.

Tal como lo establece la Ley 142, el cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada es una obligación de la empresa no de los usuarios y/o suscriptores y por ello, éste no puede ser sancionado por ese solo hecho ya que no ha incumplido el deber impuesto por la ley. Deberá eso sí sufragar los costos que el cambio o reemplazo del medidor impliquen pero no puede ser obligado a pagar más de un periodo de facturación ya que este es el plazo fijado por el legislador para que la empresa, con cargo al inmueble, cambie el equipo de medida.

De otra parte, la situación varía cuando se está ante la presencia de fraude por ejemplo por manipulaciones de las acometidas o se demuestra que existe servicio directo al inmueble puesto que en esos eventos es claro que el usuario o propietario es consciente de dónde proviene el servicio que está utilizando y por ello la empresa puede presentar la respectiva querrela por el delito de defraudación de fluidos o denunciar ante las autoridades competentes las demás conductas punibles que pudieran tipificarse con ese actuar.

Según el Diccionario de la Lengua Española, los vocablos fraude y fraudulento tienen el siguiente significado:

Fraude. (Del lat. *fraus*. *Fraudis*). m. Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. Acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.

Fraudulento, ta (Del lat. *fraudulentus*) adj. Engañoso, falaz,

Lo anterior significa que sobre las conductas que se consideran fraudulentas, son solamente las que afectan en forma directa y corresponde en cada caso al calificador valorar las circunstancias y las pruebas de la situación particular.

### **3.5 OTRAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS**

Como ya se analizó, puede concurrir el delito de defraudación de fluidos con el de daño en bien ajeno, sin embargo, cuando el daño realizado a los elementos de conducción de la energía abarca a una comunidad entera, puede generarse un delito contra la seguridad pública.

En efecto, si alguien, por realizar una acometida fraudulenta en lugar público, destruye, inutiliza o daña los elementos utilizados para la prestación del servicio no en la red interna, sino en la llamada por la ley 142 "red local", puede cometer el delito contemplado en el artículo 357 del código penal que reza:

El que dañe otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares o a la producción o conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Se refiere este delito a uno de los conocidos como "de peligro común", y por ello se debe cometer sobre los elementos de la conducción de energía que representan riesgo para la comunidad en general, y no sobre los medidores y demás elementos internos del domicilio.

En este aparte se debe hacer la misma reflexión que se haría respecto del daño en bien ajeno, en cuanto a que la simple alteración de los elementos de la red no constituyen destrucción de los elementos, pues en el caso que nos ocupa el daño tiene que poseer una entidad suficiente para afectar el bien jurídico "seguridad pública"

Sobre este punto resulta interesante analizar que el delito establecido en el artículo 357 del Código Penal puede ser cometido en la modalidad culposa, lo que implica que no necesariamente se debe tener la intención de realizar el daño que produce el riesgo a la seguridad pública, sino que se puede generar el mismo por falta de previsión del resultado previsible o con la previsión del daño pero confiando en poder evitarlo.

## **4. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN OTRAS LEGISLACIONES**

### **4.1 LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA**

Como se ha sostenido en España el desarrollo del tipo penal ha sido en todos los aspectos más amplia y con una evidente solidez. En el derecho español, al igual que en el colombiano se dio en un principio la tendencia a ubicar el tipo penal –la obtención ilícita de energía eléctrica como una modalidad de hurto, aunque tal interpretación data de 1887 en un pronunciamiento de jurisprudencia que se refirió a la apropiación de gas, sin embargo, en este mismo marco, la ley 10 de 1940 se incluyó la norma específica llamada “defraudación de fluidos” y, con posterioridad en el código penal de 1944 quedo así este tipo penal incorporado como tipo penal autónomo .

Con la reforma de 1995, en España no se hizo mayor modificación al tipo penal, solo que se amplió un tanto, según la doctrina, el objeto material del delito en razón a que la descripción del tipo agregó gas, agua, telecomunicaciones y la expresión “u otros elementos” a las posibilidades de de defraudación. Además que añade una cuantía mínima, que en ese momento se tasó en 50.000 pesetas.

Capítulo VI. De las defraudaciones.

Sección 3ª De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogo (Art. 255 y 256).

“SECCIÓN III. DE LAS DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS.

Artículo 255.

Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.

Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

Artículo 256.

El que hiciere uso de cualquier equipo Terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.”

## **4.2 LA DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL ALEMANA**

En la legislación alemana también se encuentra sancionada esta conducta conocida como sustracción de energía y, como puede notarse restringe la conducta a –como su nombre lo indica- la sustracción de energía eléctrica. El

tipo penal respectivo incluye una descripción muy propia de la actividad que nosotros conocemos como defraudatoria dado que establece el medio específico a utilizar por el sujeto activo: "... por medio de un cable conductor que no esté destinado para la extracción regular de energía, a partir de la planta o de la instalación eléctrica..." esta circunstancia descriptora del comportamiento que realiza el código alemán condicionante del tipo restringe aún mas el tipo que otras legislaciones como la colombiana o la española que suman la adulteración de contadores y otras modalidades, sin ser tan concretos como el código alemán.

"§ 248e. Sustracción de energía

(1) Quien sustraiga energía ajena de una planta o instalación eléctrica por medio de un cable conductor que no esté destinado para la extracción regular de energía, a partir de la planta o de la instalación eléctrica, será castigado cuando él cometa el hecho con la intención de apropiarse para él o para un tercero irregularmente de la energía, con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) Los §§ 247 y 248 a rigen en lo pertinente

(4) Si la acción descrita en el inciso 1 se comete con la intención de infligir a otro daño antijurídicamente, entonces el castigo será de pena privativa de la libertad hasta dos años o de multa. El hecho solo será perseguido por querrela."

En todo caso resulta claro que tanto la legislación alemana como la española que data de 1940 en adelante, el primer elemento de defraudación, es decir,

objeto material del delito, fue la energía eléctrica, lo cual nos muestra que las consideraciones respecto de ella son las llamadas a referir mayor relevancia y valor a la interpretación del tipo penal, ya que históricamente su origen se relacionó exclusivamente con dicha energía.

Otras legislaciones que adecuaron el tipo penal en cuestión la argentina y la chilena sin embargo fueron posteriores a la colombiana por tanto no le daremos relevancia alguna pues ni doctrinal ni jurisprudencialmente se ha obtenido desarrollo alguno.

### **4.3 ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y DOGMÁTICA PENAL ESPAÑOLA RESPECTO AL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS DEL SUMINISTRADOR COMO DEL CONSUMIDOR**

El tipo penal de la defraudación de fluidos fue recogido por la legislación penal española a partir del Código Penal de 1944, con antecedentes en la ley 10 de 1941 que regulaba la materia; para ser finalmente englobado en los artículos 255 del actual Código penal español.

El fundamento de la incriminación independiente de las conductas expresadas se halla en el objeto material: los fluidos no son cosas muebles en el mismo sentido típico del robo y del hurto, y parte de los comportamientos de que se trata no resultan subsumibles en la estafa.

La antigua jurisprudencia española, a falta de una figura específica, castigaba en ocasiones tales conductas como hurtos; pero, las dificultades que suscitaba tal criterio, provocaron la tipificación explícita, por ley de 1941, luego incorporada al Código Penal español de 1944.

La nueva redacción del precepto parece englobar solo las defraudaciones en perjuicio del suministrador (antes arts. 536 y 538) y no las defraudaciones en perjuicio del consumidor (antes arts. 537 y 538). Así ahora el objeto se extiende no sólo a la energía eléctrica (antes art. 536) sino también al gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluidos ajenos (antes art. 538). Y dada la conducta típica, parece enviar a la estafa, las defraudaciones al consumidor.

La conducta se formula ahora como "defraudación", es decir, como uso indebido o ilegítimo de estos elementos. Pero para que esta conducta defraudatoria tenga carácter delictivo ha de constituir un acto de apoderamiento, y llevarse a cabo en la forma descrita en el precepto: "valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación", que por tanto ya no exige que el autor los haya instalado, sino que basta que los use en su provecho; "alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores"; o "empleando cualesquiera otros medios clandestinos".

Se configura como un delito de resultado, que requiere la existencia de un perjuicio económico al propietario del fluido. Asimismo, dada su naturaleza defraudatoria, ha de concurrir un ánimo de apropiación de los fluidos citados.

Tal como se menciona al comienzo la nueva redacción de la conducta típica, unida a la explícita desaparición del anterior artículo 538, posibilita que las defraudaciones al consumidor se incriminen conforme a lo que son, es decir, auténticas estafas.

La razón por la que se creó un tipo especial relativo a estas defraudaciones de fluidos eléctricos y análogos, estriba en que dichas energías, como fluidos, no

son cosas susceptibles de apropiación y, por lo tanto, se presentan ajenas a los tipos de hurto o robo (a no ser que no se trate de un fluido sino de una energía envasada, por ejemplo, en una batería) siendo también difícil incriminar al defraudador a través del delito de estafa. Una vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo de España trataba de castigar los comportamientos de defraudación económica relativos al abuso en la utilización de energía por la vía del hurto (así se citan las S.s. 20 enero 1887 relativa al uso ilícito de gas para alumbrado y calefacción; 30 octubre 1910 y 9 de noviembre de 1910 sobre hurto de energía eléctrica) pero las dificultades que una interpretación de esta clase entrañaba obligó al legislador a resolver la cuestión por la vía de la tipificación expresa.

Los delitos que estamos comentando han nacido, entre otras razones, por la dificultad del hecho para ser encuadrado como delito de estafa, ya que no se produce un acto de disposición que derivado del error en que incurre el perjudicado, transfiera el uso de la energía a consecuencia del engaño. En caso de que concurrieran los elementos del tipo de estafa a la vez que los de la defraudación de los fluidos eléctricos o análogos, deberá de aplicarse un concurso de leyes a resolver a través del artículo 68 del Código penal Español. Sin embargo, la regla del artículo 68 no debe eludir la necesidad de estudiar caso por caso para adivinar la exacta calificación del hecho.

Así la sentencia del 1 abril de 1977 del Tribunal Superior Español, ha intentado, por lo que se refiere a la gasolina, distinguir los supuestos de la estafa de los delitos de defraudación de fluidos y análogos, estableciendo que si la gasolina se suministra como tal corriente o fluyente a través de oleoductos, entrarán en juego estos últimos preceptos mientras que si aparecen tanques cerrados, aunque se suministre en los surtidores con aparatos más o menos complejos, constituirá delito de estafa.

La incorporación de estas defraudaciones al código penal español de 1944, se hizo mediante la adición de un precepto que extendía el objeto material del delito:

Artículo 538: "Las penas señaladas en los dos artículos precedentes se aplicarán a las defraudaciones de gas, agua u otro elemento, energía o fluido ajenos, cometidas por los medios en aquéllos expresados

Lo que caracteriza a los distintos objetos materiales de delito a que se refiere esta sección de las defraudaciones, no es tanto el valor energético del mismo – ya que el agua no tiene más valor energético que el que se deriva de su carácter cinético cuando se almacena a una determinada altura-, sino del hecho de tratarse en todo caso de fluidos que se suministran con la intermediación de aparatos contadores.

La sentencia de 1 abril de 1997 proferida por el Tribunal Supremo Español entiende por fluido los "agentes invisibles y de naturaleza desconocida que se han considerado como causa inmediata de los fenómenos eléctricos, magnéticos, luminosos y caloríficos", añadiendo que el agua tiene aquí relevancia en cuanto es corriente o fluyente, ya que en otro caso entrarían en juego los preceptos relativos a la usurpación, Concluyendo la sentencia que lo que trata de proteger el precepto son los fluidos o productos energéticos fluyentes.

#### **4.3.1 Defraudaciones Del Consumidor**

Artículo 255 (Código penal español): "Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a cincuenta

mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluidos ajenos, por alguno de los medios siguientes:

- valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.
- Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.
- Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

#### **4.3.2 Objeto Material**

El objeto material no es solo la energía eléctrica, ya que conforme a la extensión que hace el artículo 255 del código penal español también se incluyen las defraudaciones de gas, agua u otros elementos, energía o fluido ajeno.

#### **4.3.3 Sujeto Activo**

Sujeto activo, como hemos apuntado, solo puede serlo el consumidor, aunque no sea abonado.

#### **4.3.4 Sujeto Pasivo**

Sujeto pasivo es todo aquel que ha recibido perjuicio por el comportamiento de utilización ilícita. En este sentido, lo sufre naturalmente el suministrador (por ejemplo, la empresa de energía eléctrica que suministra el fluido) como

cualquier otro consumidor, sea éste la Administración Pública (por ejemplo, quien toma electricidad de la línea de alumbrado público), o un particular (por ejemplo, las comunidades de vecinos en los casos en que uno de los comuneros, se aproveche ilícitamente de la energía eléctrica a cargo de la comunidad.

#### **4.3.5 La Conducta**

La conducta consiste en utilizar la energía eléctrica mediante las modalidades de comisión que el artículo 255 describe, produciendo un perjuicio económico (ineludible en cuanto que la multa está impuesta en función del perjuicio causado). Por lo que, como afirma la doctrina, caben las formas imperfectas de ejecución si tras instalarse el mecanismo no se utiliza o no llega a producirse el perjuicio. Si la utilización ilícita de la energía no se hace por los medios expresados en el artículo 255 no habrá delito, debiendo de acudir a otros tipos delictivos como la estafa si cupiere (por ejemplo, el usuario que se aprovecha del defecto del contador, pese a conocerlo)

El adverbio “ilícitamente” no cumple otra función que advertir que la antijuricidad pueda ser excluida a través del estado de necesidad o del consentimiento.

Las expresiones gramaticales utilizadas para la redacción del precepto y la referencia a comportamientos de carácter “malicioso” así como el propio concepto de defraudación, impiden, según doctrina unánime, la comisión culposa.

Los comportamientos que describe el artículo 255 no son más que modalidades alternativas, de modo que existe un único delito tanto si se utiliza una de dichas modalidades como si se cometen todas.

Antes de terminar con este capítulo queremos resaltar el siguiente artículo del Código Penal español artículo 283 pues tipifica conductas imputables a la E.S.P., es importante resaltar que la ley 142 da carácter de privadas a las empresas de servicios públicos además abre la posibilidad de cualquier persona capaz –que cumpla con los requisitos previamente interpuestos tanto por la ley como por la superintendencia y la CREG- de suministrar servicios públicos domiciliarios.

#### **4.4 DEFRAUDACIONES DEL SUMINISTRADOR**

Señala el Código penal español que:

Artículo 283. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

##### ***4.4.1 Objeto Material***

Al igual que en el precepto anterior el objeto no se limita al fluido eléctrico sino que se extiende al gas, agua, u otro elemento, energía o fluido ajeno.

#### **4.4.2 Sujeto Activo**

La redacción del artículo pone de relieve que sujeto activo ha de serlo el suministrador, al menos como categoría opuesta a la de consumidor, por lo que no se comparte la opinión de quienes admiten la posibilidad de que sujeto activo lo sea una tercera persona no encargada del suministro de fluido .

#### **4.4.3 Sujeto Pasivo**

La doctrina no acierta a comprender la razón de la mayor benevolencia de este precepto respecto del supuesto anterior , ya que pueden darse en este comportamiento las circunstancias que explican la mayor gravedad del llamado delito con sujeto pasivo masa. En efecto, el suministrador tiene la posibilidad de defraudar a una masa elevada de consumidores con los efectos colectivos y socio-económicos consiguientes, a la vez que obtener beneficio considerable.

También señala la doctrina, que no es necesaria la producción del perjuicio para la consumación, siendo un delito de consumación anticipada.

## CONCLUSIONES

- La prestación de los servicios públicos domiciliarios es un derecho fundamental consagrado por la constitución política y enmarcada en la ley 142 de 1994 por lo cual a ninguna persona se le puede negar el acceso a la prestación de dichos servicios, sin embargo la norma expresa que dicha prestación no será en ningún momento gratuita, ni se podrá acceder por medio de conductas no estipuladas en la ley.
- El delito de defraudación de fluidos nace por el afán del legislador en solucionar la ausencia de norma expresa que se presentaba en la legislación penal en los casos de apropiación de fluidos, es decir, forzar una legislación penal, ya que la ley 142 de 1994 evidenció conductas socialmente lesivas que para entonces con dicha ley, se querían asimilar al hurto.
- Dado que el delito de defraudación de fluidos se tipificó como autónomo dejando así de asimilarse al hurto como a los demás delitos contra el patrimonio económico, se obviaron pasos importantes para la creación de un tipo penal, pues no se tuvo en cuenta el plano técnico y el régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios.
- Es imperativo que el tratamiento del tema para quienes entran a conocer de las conductas en el delito de defraudación de fluidos como son los fiscales, jueces y abogados en general se tenga en cuenta el régimen de servicios públicos domiciliarios, pues se pueden cometer errores de

interpretación como esta ocurriendo actualmente con algunos doctrinantes que pretenden, basándose en supuestos errores en técnicas legislativas, intentar hacer ver dichas conductas como otros tipos penales diferentes y no la defraudación prevista en el artículo 256 del Código Penal.

- También puede haber confusión por falla en la técnica legislativa en la tipificación respecto del tipo penal “defraudación de fluidos” y el de “aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito” en los casos en que el usuario del servicio tenga conocimiento de un daño en el aparato contador y que este no informe el consumo real.
- Debe ser claro que en los casos de conexión directa en que no media contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios entre usuario comercial y la empresa prestadora, la conducta es más acorde al delito de hurto, mientras que si entre las partes existe un contrato que legaliza la conexión a la red se acomoda la situación a la defraudación de fluidos.
- Es evidente la falta de desarrollo en doctrina y jurisprudencia Colombiana respecto al tipo penal descrito lo que hace que los funcionarios judiciales no tengan conceptos claros y guías al momento de iniciar sus investigaciones sumadas a la falta de recursos técnicos que permitan recaudar pruebas de forma contundente para ambas partes.
- No se considera necesaria una reforma del tipo penal por la vía legislativa sino que se requiere un mayor conocimiento y dominio de los conceptos técnicos y jurídicos por parte de los funcionarios judiciales encargados de la investigación y juzgamiento de estos delitos.

- En cuanto a los perjuicios causados con la defraudación, estos se deben tasar directamente por la empresa defraudada al momento de interponer su querrela para que de esta forma se tenga una base sobre la cual fijar una posible conciliación judicial entre las partes.
- Al ser un delito conciliable se puede presentar el fenómeno de abuso de la posición dominante por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos en el momento de la conciliación administrativa (extrajudicial) ya que éstas empresas se presentan en la conciliación como parte y conciliador.

## RECOMENDACIONES

- Es necesario que se comience a capacitar a los miembros del cuerpo técnico de investigaciones de la Fiscalía General de la Nación en cuanto al recaudo de las pruebas técnicas por cuanto para la comprobación de la comisión, y de la autoría de este delito, es necesario allegar pruebas de tipo técnico de difícil recaudo lo que dificulta tanto la investigación o una posible acusación como también dificulta la defensa del sindicado, todo lo anterior generando inseguridad jurídica por la falta de idoneidad de las pruebas.
- Las empresas prestadoras de servicios públicos encargadas de la comercialización de los fluidos que contempla el tipo penal deben implementar instrumentos técnicos que permitan visualizar todas las diferencias que se puedan presentar respecto a la transmisión de los fluidos tal como una conexión fraudulenta de una falla no provocada en los instrumentos contadores.
- Realizar un seguimiento a los procesos y sus sentencias, con el fin de corroborar que las conductas se adecuen a la interpretación propia del delito de defraudación de delitos.

## BIBLIOGRAFÍA

- SERRANO GÓMEZ Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial (9ª ED. 2004) Dykinson S.L. ISBN: 8497723260
- JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal, Parte Especial, Barcelona, Ariel, 1991
- RODRÍGUEZ DEVESA José Maria. Derecho Penal Español: Parte Especial. Edición 11ª. Inf. Publicación: Madrid : Dykinson , 1988 ISBN: 84-86133-32.7
- ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, Curso de derecho penal, t. II, Madrid,1963
- BAJO FERNÁNDEZ Miguel, PÉREZ MANZANO Mercedes, SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos. Manual De Derecho Penal: Parte Especial: Delitos Patrimoniales Y Económicos. Madrid: Centro De Estudios Ramón Areces, 1993; 678 P.; ISBN: 84-8004-079-3
- DIEZ RIPOLLÉS José Luís. Política Criminal Y Derecho Penal: Estudios Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, 918 P. ISBN: 8484428575

- MONTEALEGRE LYNETT Eduardo; GÓMEZ-JARA DIEZ Carlos. El Funcionalismo En Derecho Penal: Libro Homenaje Al Profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2003, 2 T. ISBN: 958-616-692-9
- SUÁREZ SÁNCHEZ Alberto. Delitos Contra El Patrimonio Económico: A La Luz De Los Códigos De 1980 Y 2000. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2000. 539 P. ISBN: 958-616-472-1
- RUEDA MARTÍN Maria Ángeles. La Teoría De La Imputación Objetiva Del Resultado En El Delito Doloso De Acción. Bogotá: Bosch; Univ. Externado De Colombia, 2002 480 P. ISBN: 9-586-16618-X

## **ANEXOS**

Anexo 1

Acta Visita Técnica ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P



## Anexo 2

Historial de Consumos ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.P.S

ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.  
DATOS CONSUMOS CIRCUITO

Cuenta	Nro.	Mar	Tipo	Fecha Lectura	Lectura T.	Lectura Mes	Lectura Real	Consumo		
1079708	23104355	ISK	A5	03-31-2004		0		0		Z
1079708	23104355	ISK	A5	02-27-2004		0		0		Z
1079708	23104355	ISK	A5	01-31-2004		0		0		Z
1079708	23104355	ISK	A5	12-30-2003		0	0	0		Z
1079708	23104355	ISK	A5	11-30-2003		0		250		Z
1079708	23104355	ISK	A5	10-31-2003		0		0		Z
1079708	23104355	ISK	A5	10/01/2003		0		125		Q
1079708	23104355	ISK	A5	08-29-2003		500		125		-
1079708	23104355	ISK	A5	07-30-2003		375		125		-
1079708	23104355	ISK	A5	06-30-2003		250		250		-
1079708	23104355	ISK	A5	05-31-2003		0		0		+

RIE

## ANEXO 3

Capacitación ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. sobre fraudes e irregularidades para la Fiscalía General de la Nación

# **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.**

**DEPARTAMENTO DE DETECCION Y  
NORMALIZACION DE IRREGULARIDADES**

**PROCEDIMIENTO DE INSPECCION Y  
VERIFICACIÓN DE INSTALACIONES  
ELECTRICAS EN POSIBLE FRAUDE**

ABRIL 08/2005

## ***PERDIDAS DE ENERGIA***

***1.1 PERDIDAS TECNICAS:*** Se producen debido a las condiciones propias de las instalaciones, del manejo y conducción de energía ( líneas de transmisión, subtransmision, trfs de distribución y subestaciones)

***1.2 PERDIDAS NO TECNICAS O NEGRAS:*** Son las soportadas por la empresa a partir del momento en que la energía se consume pero no se cobra o se factura ( conexiones clandestinas, descalibracion de medidores etc.)

## 2. FRAUDE

\* Es la modificación y/o alteración de la acometida y/o medidor, y/o equipo de medida y/o que afecte o pueda afectar la medición real del consumo.

\* **ACOMETIDA NO AUTORIZADA, FRAUDULENTA O**

**CLANDESTINA:** Cualquier **derivación de la red local** o de otra acometida del servicio de energía eléctrica, efectuada sin autorización de la COMPAÑÍA. También serán considerados como tal, los servicios provisionales que no hubieren sido renovados por situaciones atribuibles al CLIENTE

**2.1 FRAUDES MECÁNICOS:** Son los fraudes que se efectúan dentro del contador o equipo de medida, sin recurrir a acciones eléctricas sobre los contadores. Para poder efectuar sobre el contador es necesario retirar los sellos de protección ya sea de la tapa bornera o de la coraza ya que estos nos permiten manipular el contador dando paso las siguientes alteraciones.

**2.1.1. RUPTURA Y/O APERTURA DE SELLOS:** Consiste en romper o abrir los sellos de protección del equipo de medida para tener acceso a las partes internas del contador y poder así realizar cualquier manipulación dentro de el.

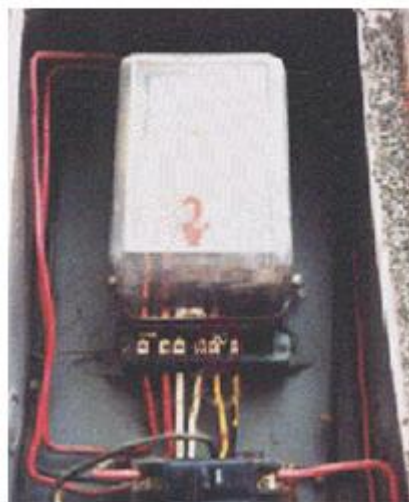
## ***FRAUDES MECANICOS***

**2.1.2 Desconexión del puente de tensión**

**2.1.3 Aislamiento del puente de tensión**

**2.1.4 Bobina de tensión interrumpida**

**2.1.5 Alteración de la bobina de tensión**



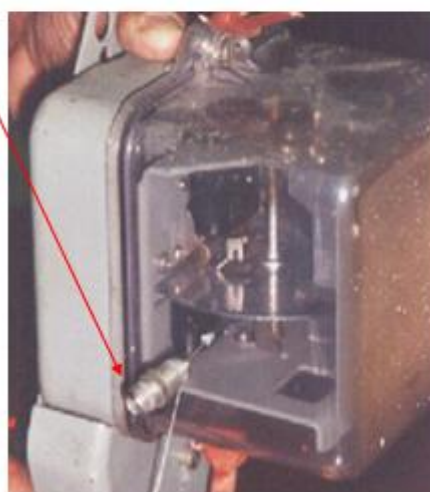
## ***FRAUDES MECANICOS***

**2.1.6. Perforaciones a la tapa del contador.**

**2.1.7 Manipulación de la registradora**

**2.1.8 Contadores inclinados.**

**2.1.9 Conexión invertida**

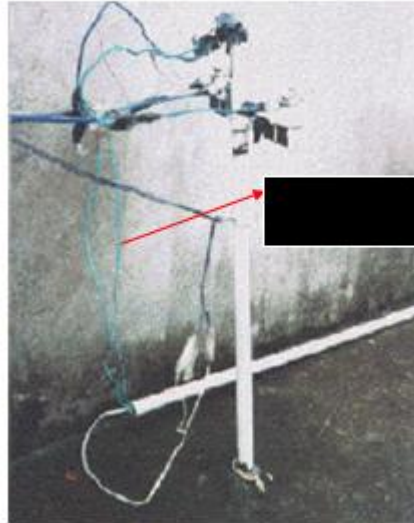


## ***2.2 FRAUDES ELECTRICOS***

### **ACOMETIDA NO AUTORIZADA FRAUDULENTA O**

**CLANDESTINA:** Cualquier derivación de la red local o de otra acometida del servicio de energía eléctrica, efectuada sin autorización de la COMPAÑÍA. También serán considerados como tal, los servicios provisionales que no hubieren sido renovados por situaciones atribuibles al CLIENTE.

#### **2.2.1 DERIVACION DESDE LA CRUCETA O PERCHA.**



## ***FRAUDES ELECTRICOS***

### **2.2.2 ROMPIENDO EL BAJANTE DE LA ACOMETIDA**



## ***FRAUDES ELECTRICOS***

### **2.2.3 DERIVACION EN LA FASE ANTES DEL MEDIDOR.**

Consiste en conectar una Línea a la fase de entrada del Contador y enviarla a los Automáticos o alguna carga Especifica. Su comprobación Es visual.



LINEA INTERVENIDA

## ***FRAUDES ELECTRICOS***

### **2.2.4 DERIVACION EN EL**

**BARRAJE:** Consiste en la derivación directamente del barraje y llevarla a una carga directa.

Se presenta en subestaciones y Para detectarla es necesario Contar el # de fases que salen del Barraje el cual debe coincidir con # de fases que llegan a los medidores.



SIN REGISTRO DE ENERGIA

## ***FRAUDES ELECTRICOS***

### **2.2.5 PROCEDIMIENTO PARA LA DETECCION DE ANOMALIAS**

#### **2.2.5.1 PARA DERIVACIONES (ACOMETIDA, BAJANTE, O ANTES DE ENTRAR AL CONTADOR):**

Tomando corrientes con una pinza en la acometida y en la salida del contador, las cuales deben ser aprox. iguales, de no ser así se debe buscar la derivación:

- 1.** Conectar todos los equipos eléctricos existentes y suspender desde el totalizador o automático de protección y bajar todos los breaker del Tablero de distribución o control.
- 2.** Conectar el totalizador general, después uno a uno (independientemente) Los breakers del tablero de distribución, verificando que el contador gire y La corriente en la acometida y salida del contador sea aprox. igual

## ***FRAUDES ELECTRICOS***

En caso de que la derivación este conectada por intermedio de un contactor desde el breaker puede ser detectado por este método.

- 3.** Cuando se halle el breaker en derivación no autorizada se debe buscar El punto donde esta conectado.
- 4.** Dado el caso en que se suspenda la energía y se hallen equipos Funcionando se deberá buscar el origen de la línea directa.

## 3. EQUIPOS DE MEDIDA

A nivel de grandes consumos de energía, es necesario ampliar el campo de medición con a contadores de energía activa y reactiva y contadores electrónicos, debido a que para corrientes mayores de 100 amp y tensiones de 750 Vol. resulta muy difícil construir contadores para estos valores. Entonces se hace necesario instalar transformadores de corriente y tensión los cuales medirán corrientes del orden de 400 amp y tensiones de 13.2 kv

### 3.1 PARTES DEL EQUIPO DE MEDIDA

1. *REGLETA DE CONEXIONADO*
2. *TRANSFORMADORES DE MEDIDA*
3. *CONTADOR ELECTRONICO*
4. *CONTADOR DE ENERGIA ACTIVA, REACTIVA E INTERRUPTOR HORARIO*
5. *BARRAJE*

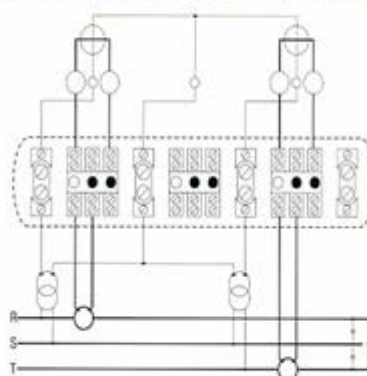
## 3. EQUIPOS DE MEDIDA

### 3.1.1 REGLETA DECONEXIONADO:

Por medio de esta se realiza las conexiones de las señales de Tensión y corriente.

TRF de corriente en cto-cto  
TRF de tensión abiertos.

• *conexión trifilar de servicio.....*



## ***EQUIPOS DE MEDIDA***

### **3.1.1 REGLETA DE CONEXIONADO.**



***Regleta de conexiones***

## ***EQUIPOS DE MEDIDA***

### **3.1.1 MANIPULACION EN LA REGLETA DE CONEXIONADO.**

Para efectuar cualquier adulteración es indispensable Manipular y/o retirar los sellos de seguridad que instala ESSA al momento de legalizar la instalación.

**3.1.1.1 EN LOS PUENTES DE CORRIENTE Y TENSION.** Cerrar los puentes de corriente de una fase, se esta cortocircuitando el secundario respectivo transformador. Abrir un puente de tensión es desconectar . La respectiva bobina.

**3.1.1.2 MANIPULACION DE LOS CABLES:** Cuando los cables de Conexión no están suficientemente protegidos se pueden manipular así:

**3.1.1.2.1 CORTARLOS:** Se detecta visualmente

## ***EQUIPOS DE MEDIDA***

**3.1.1.2.2 REALIZAR DOBLECES SUCESIVOS EN UN SOLO PUNTO HASTA LOGRAR PARTIRLO.**

**3.1.1.2.3 AISLAMIENTO DE LOS TERMINALES DE ALGUNO DE LOS TRF DE TENSION.**

## ***3.2 TRANSFORMADORES DE MEDIDA***

**Sus funciones principales son:**

- \* Aislar ctos y aparatos de medida de la alta tensión.
- \* Ampliar los campos de medida en corriente alterna
- \* Evitar perturbaciones de corrientes fuertes y reducir corrientes de cto a valores admisibles
- \* Separar eléctricamente los aparatos de medida del circuito de potencia con lo que resulta posible realizar mediciones en MT con equipos de BT.
- \* Hacer posible la instalación de aparatos de medida a distancia en lugares mas convenientes y aumentando la seguridad del personal.

## ***TRANSFORMADORES DE MEDIDA***

### **3.2.1 MANIPULACION EN LOS TRF DE MEDIDA**

#### **3.2.1.1 CTO CTO EN LOS SECUNDARIOS TRF DE CORRIENTE:**

transformadores de Intensidad que no tienen tapa bornera en el secundario, facilitando cortocircuitarlos, de esta forma se consigue que no circule corriente por la bobina de intensidad, disminuyendo el par total de giro del contador.

Estas anomalías son detectadas en forma visual, ya que para tener acceso a los transformadores es necesario violar los sellos de protección y además

se puede observar el conductor con el cual se esta cortocircuitando.

## ***TRANSFORMADORES DE MEDIDA***

#### **3.2.1.2 DESCONEXION DE LAS SEÑALES DE TENSION DESDE EL TOTALIZADOR.**

En contadores con conexión semidirecta, algunas veces el muestreo de tensión se toma desde el totalizador, facilitando desconectar en cualquier momento uno de estos conductores cables y vuelvan a conectar, sin ningún problema.

Esta anomalía es difícil de detectar ya que si en el momento de la revisión esta conectado, no hay manera de comprobar esta alteración, en estos casos es necesario realizar un estudio de facturación de energía en determinado tiempo y el estudio de carga.

## ***4. PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

- El procedimiento aplicado en estos casos, se adelantará con la ***garantía plena del Derecho*** de Defensa que tiene el CLIENTE, con sujeción a las normas vigentes ***y al contrato de condiciones uniformes.***
- En cumplimiento de lo señalado en La Ley 142 de 1994, en la Resolución CREG 108 de 1997 y en este Contrato, al preparar las facturas, es obligación de la COMPAÑÍA investigar las causas que originaron la desviación significativa del consumo frente a períodos anteriores, para tal efecto la COMPAÑÍA podrá realizar visitas. Así mismo, puede la COMPAÑÍA practicarlas para verificar el correcto funcionamiento de las acometidas y medidores y realizar aforos.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

### ***4.1 INICIO DE LA ACTUACIÓN. VISITA TÉCNICA.***

***Puede realizarse por:***

#### ***4.1.1 SOLICITUD DEL CLIENTE.***

#### ***4.1.2 POR LA COMPAÑÍA:***

- ANALISIS DE CONSUMOS ( CRITICA DE FACTURACION)
- POR PROGRAMAS ESPECIALES(PROINE)
- INFORMES DE TERCEROS
- ANOMALIAS DETECTADAS AL DESSARROLLAR UNA ACTIVIDAD EN UNA ZONA DE TRABAJO.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

### **4.2. PROCEDIMIENTO CON EL USUARIO**

La fecha y hora de la realización de la visita de inspección técnica no se informará previamente y contra ella no procede algún recurso por tratarse de un acto de trámite. Sin embargo, una vez presentes los funcionarios o contratistas de la compañía en el inmueble deberán identificarse con su cedula de ciudadanía y el carnet de la compañía y le suministrarán a las personas que atienden la visita un número telefónico de la compañía para que si a bien confirme la diligencia.

Iniciada la visita informar al cliente del derecho de ser asistido por un ingeniero o técnico electricista con Matricula profesional.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

### **4.3. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISION DE LA INSTALACION**

La revisión técnica de la instalación comprende dos partes:

**4.3.1 Verificación del estado eléctrico, mecánico y de protección o control de:** Bajante o acometida exterior, acometida interior y elementos de medida.

**4.3.2 Determinación de la carga instalada en el predio.**

# ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

## ***4.3.1 VERIFICACION DEL ESTADO DE LA INSTALACION***

- Que los datos en el recibo de pago coincidan con los del medidor y con los del predio.
- Que no exista derivación eléctrica antes de los correspondientes elementos de medida.
- Que los sellos del medidor no presenten signos de haber sido alterados, y que correspondan al tipo empleado por la Empresa. En caso de duda el medido debe ser llevado al laboratorio de la Empresa para su correspondiente chequeo.
- Que los sellos del cubre bornes se encuentren presentes, correctamente colocados y no presenten signos de haber sido alterados, y que corresponden a los utilizados por la empresa.
- Que la corriente medida en el bajante o acometida externa y a la salida del medidor sea igual.

# ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

- Que el medidor funcione al aplicarle carga.
- Que el factor de multiplicación del medidor corresponda a la relación de transformación de los transformadores de medida instalados.
- Que la demanda máxima del medidor funciones correctamente.
- Que el reloj indique la hora correcta y que los cambios de tarifa se ejecuten a las horas estipuladas por la Empresa.
- Que en general la acometida no presente signos de deterioro tales como: Daño en el revestimiento aislante de los conductores eléctricos, humedad, suciedad, corrosión, o recalentamiento de bornes.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

### ***4.3.2 Determinación de la carga instalada en el predio***

- Sumar los valores en vatios de todos los aparatos eléctricos existentes en el predio.
- En caso de aparatos en que no exista placa de características, se procede a medir la corriente consumida en trabajo normal
- Clasificar el uso de la energía de acuerdo a la utilización que el usuario haga de los aparatos eléctricos (Residencial, comercial, o industrial)
- Si la carga instalada conexas a la residencia, es mayor de 3.000 vatios se tomará para efectos de facturación, la tarifa correspondiente a la a mayor carga instalada conexas, como si toda la carga estuviese en ella.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

En el evento de encontrarse una anomalía perceptible a simple vista se podrá suspender el servicio y se dejará constancia en el acta de todo lo encontrado. En todo caso, cualquier anomalía en el medidor o en los sellos podrá requerir de su traslado al laboratorio de la COMPAÑÍA o al que escoja el CLIENTE. Las anomalías que se hagan constar en el acta se entenderán rendidas bajo la gravedad del juramento.

Al finalizar la diligencia, el acta será firmada por la persona autorizada por la COMPAÑÍA y por quien atendió la revisión, dejándole una copia de la misma. En caso de que la persona se niegue a firmar se dejará constancia de ello.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

Si el inmueble se encuentra desocupado o no se permite la revisión del medidor o realizar el aforo de carga, se podrá suspender el servicio. En estos eventos, el acta de inspección será firmada por un testigo y copia de la misma se dejará en el acceso del inmueble, sin perjuicio de repetir la diligencia otro día. Cuando la persona que atendió la visita se niegue a firmar el acta, ésta será firmada por un testigo y se dejará constancia de ello.

## ***PROCEDIMIENTO DE DETECCION Y CONTROL DE PERDIDAS***

***TRASLADO Y REVISIÓN DEL MEDIDOR:*** Una vez retirado, los trabajadores y/o contratistas de la COMPAÑÍA adoptarán las medidas del caso para el adecuado transporte del equipo hasta el laboratorio. En todo caso el aparato de medida será introducido en una bolsa o caja, la cual será sellada para su posterior apertura en el laboratorio de la COMPAÑÍA o en el que escoja el CLIENTE. Se realizará la revisión del medidor y el resultado será remitido por el laboratorio al funcionario competente para que se proceda a su evaluación