

LEGALIDAD Y REALIDAD

SERVICIOS PUBLICOS, JURISDICCION COACTIVA Y
PROCEDIMIENTO PARA IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS
EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO
DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

MARLON FERNANDO MORENO TELLEZ

COD. 2000604

RONALD ALEXANDER ROJAS CALERO

COD.2000217

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA

2.006

LEGALIDAD Y REALIDAD

**SERVICIOS PUBLICOS, JURISDICCION COACTIVA Y
PROCEDIMIENTO PARA IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS
EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO
DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA**

MARLON FERNANDO MORENO TELLEZ
COD. 2000604

RONALD ALEXANDER ROJAS CALERO
COD.2000217

VICTOR ANDRES SALCEDO FUENTES
DIRECTOR DE TESIS
JEFE OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO UNIVERSIDAD
INDUSTRIAL DE SANTANDER

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA
2.006

A mi familia, amigos y compañeros, que
tuvieron la fe y la paciencia
para esperar este proyecto, y que se que tendrán
también la misma disposición
para esperar a que arroje sus frutos
MARLON.

A Dios, primero que todo;
a Beba, a mi familia, a mis amigos, a Zulay, a Dina
y a todos los que creyeron conmigo
ALEX.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	12
CAPITULO I	
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS	
1. CONCEPTO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	15
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	19
3. RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	21
4. RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	24
5. PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.....	26
a) Principio de Intervención estatal.....	28
b) Principio de la ininterrupción de la prestación.....	28
c) Principio de libertad de empresa.....	29
6. FUNCIÓN SOCIAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SU COMPETENCIA.....	30
7. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	33
7.1 Obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición	

dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.....	33
7.2. Obligación de abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.....	38
7.3. Obligación de facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.....	39
7.4. Obligación de cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.....	40
7.5. Obligación de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.....	42
7.6. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.....	43

CAPITULO II

LA JURISDICCION COACTIVA Y EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

1. JURISDICCION COACTIVA.....45

1.1 Definición.....45

1.2 Potestad del servidor público en la jurisdicción coactiva.....49

1.3 Naturaleza de la Jurisdicción Coactiva.....50

1.4 Características de la Jurisdicción Coactiva.....51

2. PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.....52

2.1 Definición.....52

2.2 Clasificación.....53

2.3. Definición de Autotutela Ejecutiva.....54

3. COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS EN LA JURISDICCION COACTIVA.....57

4. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION COACTIVA.....65

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO PARA DETECTAR ANOMALÍAS Y/O PARA IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

1. ORIGEN JURÍDICO.....	69
2. EL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES.....	72
2.1 Definición.....	72
2.2 Identificación Jurídica del Contrato de Condiciones Uniformes de prestación del servicio publico domiciliario de energía eléctrica establecido por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.....	75
3. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.....	78
3.1 Etapa preliminar.....	79
3.2 Etapa investigativa.....	84
3.2.1 Formulación de los cargos.....	84
3.2.2 Vinculación.....	85
3.2.3 Descargos.....	86
3.3 Etapa probatoria.....	88
3.4 Etapa definitiva.....	90

3.5 Vía Gubernativa.....91

3.6 Duración del proceso.....93

4. EL FRAUDE EN EL SERVICIO DE ENERGÍA.....93

CAPITULO IV

ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO PARA DETECCIÓN DE ANOMALÍAS Y/O PARA IMPONER SANCIONES EJECUTADO POR LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.

1. DERECHOS DE LOS USUARIOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LA ESSA S.A. E.S.P.....96

2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.....103

3. LEGALIDAD DEL PROCESO SANCIONATORIO EJECUTADO POR LA ESSA S.A E.S.P.....108

4. LEGITIMIDAD DEL PROCESOS SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO.....119

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....127

RESUMEN

TITULO: SERVICIOS PUBLICOS, JURISDICCION COACTIVA Y PROCEDIMIENTO PARA IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS EN LA PRESTACION DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA *

AUTORES: ALEXANDER ROJAS CALERO – MARLON FERNANDO MORENO TELLEZ **

PALABRAS CLAVES: SERVICIOS PUBLICOS, JURISDICCION COACTIVA, SANCIONES PECUNIARIAS, ENERGIA ELECTRICA, PROCEDIMIENTO, LEGALIDAD, LEGITIMIDAD, AUTOTUTELA

DESCRIPCIÓN:

Dentro de nuestro Estado Social de Derecho, debemos concebir la existencia de unos principios fundamentales, presentes en todos los ámbitos reglados por lo jurídico, los cuales desarrollados dentro de los parámetros de la constitución aseguran la convivencia y la equidad en la comunidad. El carácter de ineludible que tienen estos principios halla su fundamento en que a partir de ellas es posible la construcción ideal de una sociedad.

En lo atinente a los servicios públicos domiciliarios, y a las obligaciones que adquieren las empresas por desempeñar el rol de suministrarlos, el interés general, el bien común, y la protección de los derechos fundamentales se erigen como sus parámetros rectores. Estos principios se encuentran fijados no solo en la ley, sino en nuestra constitución, materializándose con esto el principio de legalidad, que está presente para circunscribir la jerarquización de las normas sustanciales y procedimentales.

Igualmente, a través de la ley y sólo a través de ella es que se puede impeler jurisdicción y competencia a las diversas instituciones con funciones públicas para poder hacer efectivas las prerrogativas autonómicas y coercitivas del Estado; esto puede explicar la existencia de la jurisdicción coactiva, como medio idóneo para hacer efectivos los intereses del Estado que se traducen en el interés general.

En los procedimientos administrativos sancionatorios, impulsados por la Empresa Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. por razón de las anomalías cometidas contra las pautas para la prestación del servicio de energía eléctrica (contenidos en su contrato de condiciones uniformes), hemos de ver que estos procedimientos no se encuentran fijados en la ley, atentando contra los principios mencionados, e incurriendo en la deslegitimación, pues no tienen la competencia para llevar estos procesos, ni para delegarla a entidades privadas, como inexplicablemente sucede en este momento en Bucaramanga.

* Tesis de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director de Tesis: Víctor Andrés Salcedo Fuentes

ABSTRACT

TITLE: PUBLIC SERVICES, COERCIVE JURISDICTION AND PROCEDURE TO IMPOSE PECUNIARY SANCTIONS IN THE BENEFIT OF THE DOMICILIARY PUBLIC SERVICE OF ELECTRIC POWER *

AUTHORS: ALEXANDER ROJAS CALERO – MARLON FERNANDO MORENO TELLEZ **

KEY WORDS: PUBLIC SERVICES, COERCIVE JURISDICTION, SANCTION PECUNIARY, ELECTRIC POWER, PROCEDURE, LEGALITY, GENUINENESS, AUTOTUTELA

DESCRIPTION:

Inside our Social State of Right, we should conceive the existence of some fundamental principles, present in all the environments ruled by the juridical thing, those which developed inside the parameters of the constitution they assure the coexistence and the justness in the community. The character of unavoidable that has these principles it finds their foundation in that it is possible starting from them the ideal construction of a society.

Currently, about domiciliary public services, and to the obligations that acquire the companies to carry out the list of giving them, the general interest, the very common one, and the protection of the fundamental rights are erected as their parameters rector. These principles are not fixed alone in the law, but in our Constitution, being materialized with this the legality principle that is present to bind the ranking of the substantial and procedural norms.

Equally, through the law and only through it can impel jurisdiction and competition to the diverse institutions with public functions to be able to make effective the autonomous and coercive prerogatives of the State; this can explain the existence of the coercive, like half suitable jurisdiction to make effective the interests of the State that are translated in the general interest.

In the misdemeanours procedures, impelled by the Company Electrificadora of Santander S.A. E.S.P. for reason of the anomalies made against the rules for the benefit of the electric power service (contents in their conditions uniforms contract), we must see that these procedures are not fixed in the law, attempting against the mentioned principles, and incurring in the unrighteousness, because they don't have the competition to take these processes, neither to delegate it to private entities, like unaccountably it happens at this time in Bucaramanga.

* Thesis of Degree

** Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Science. Director of Thesis: Víctor Andrés Salcedo Fuentes

INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta a continuación es un análisis a fondo del procedimiento administrativo sancionatorio desarrollado por las empresas de servicios públicos domiciliarios, en especial, el llevado por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., fijado en su Contrato de Condiciones Uniformes

Resulta diáfano que en esta investigación se debe evitar el frecuente error de construir un coloquio inescrutable, inalcanzable y etéreo; lo que resulta conveniente es dar solidez al tema, para que a medida que se desenvuelva, se fijen las tesis, que deben tener un sentido lógico, convincente y preferiblemente plausible.

Por lo tanto, hemos determinado que no se puede tratar este tema fundante dejando de lado otros importantísimos conceptos que complementan el tema central; por ejemplo, no podríamos hablar de empresas de servicios públicos domiciliarios sin deber que son tales, cual es su naturaleza, cual es el régimen aplicable, etc. Igualmente se generaría inaceptablemente una incomprensión si hablamos de imposición sanciones sin precaver cual es su esencia, y cual es la forma que la ley ha dispuesto para su procedencia.

Para este efecto, inductivamente el tema será tratado a partir de sus conceptos básicos, los cuales serán estudiados siempre en conexidad, formando un todo, con armonía entre los conceptos componentes.

Sin embargo, hemos querido que este trabajo no sólo tenga el aspecto descriptivo de un análisis, sino que adquiriera un rol activo, y esto es, diagnosticar un problema, para llegar así a la médula del mismo y plantear una solución efectiva.

De antemano avizoramos que realmente existe un grave problema de fondo, afincado en la permanente dicotomía entre la legalidad y la realidad.

Al respecto existe una vasta discusión, mas consideramos que plantear una posición argumentativa que ostente un valor y peso jurídico considerable, representa el verdadero sentido de lo que se busca. Un arquetipo de solución jurídica, cimentado en una buena base de discusión, como a la que nos pretendemos encaminar, asegura una conclusión sucinta.

El tema a investigar requiere del manejo de una amplia gama de temas jurídicos - de entre los cuales destaca el debido proceso - confluyendo todos en el análisis respecto de un mismo génesis: La ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios.

Al abordar esta investigación, la sensación de que el tema no se ha tratado a fondo o que cualquier intentona de hacerse siempre termina en una desviación a su problema neurálgico, la convierte en algo novedoso y actual donde su despliegue pasara por arriesgado, audaz y hasta loable.

La novedad de esta investigación radica en que exige un análisis comprometido, encaminado a determinar si el procedimiento

administrativo de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios por el que se imponen sanciones pecuniarias tiene un verdadero sustento legal, o por lo menos si es verdaderamente legítimo o no.

La facultad sancionatoria que poseen las entidades administrativas es un tema del cual poco se ha hablado sin apartarse del elemental aspecto sustantivo que le permite existir; hace falta proceder analíticamente a vislumbrar las razones por las cuales ha surgido a la vida jurídica, y esto conlleva específicamente a que se realice una comprobación de su legalidad y legitimidad, que nos permitirá trascender de lo meramente sustancial a lo sustancial-procesal de la disposición y así poder encontrar la materialización plena del derecho.

El desarrollo de esta investigación se tratará en cuatro capítulos principales, los cuales presentamos a continuación, con la seguridad de que el orden en el que lo hacemos, coadyuvará en la comprensión de la misma.

- a) Servicios Públicos Domiciliarios
- b) Jurisdicción Coactiva
- c) Procedimiento administrativo sancionatorio de la ESSA
- d) Análisis sociojurídico del procedimiento administrativo sancionatorio.

CAPITULO I
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

1. CONCEPTO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El constituyente primario, en el título XII, Capítulo V de la Carta Política de 1991, referente a la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, en su artículo 365 establece:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

Milita junto al anterior artículo, el 366 que reza:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

No obstante lo anterior, si examinamos atentamente la esencia de los textos, notamos que los mismos se plasman para definir cuál es la finalidad de los servicios públicos, mas no indican lo que son en sí mismos. Mal pudiéramos empezar sin atender cuál es el verdadero comienzo de este análisis: el saber qué son los servicios públicos domiciliarios.

Como hemos visto, los textos constitucionales transcritos nos remiten a un cuerpo legal que definirá qué son los servicios públicos, y los parámetros en que se fijan la prestación de los mismos a la comunidad. En este acontecer es cuando surge la necesidad de estudiar esta ley, que desarrolla y se encamina a materializar los objetivos y metas planteadas en la Constitución.

Esta ley es la 142 de 1994, o ley por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, la cual está enriquecida de definiciones jurídicas, entre las cuales precisamente se encuentra aquella que estamos buscando. En este orden de ideas, se transcribe el artículo 14.20 de dicha ley, modificado por el artículo 2 de la ley 689 de 2001:

"Servicios públicos. Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley."

Por su parte, el artículo 14.21 menciona que:

14.21. "Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo"

Sin embargo, aún subsiste la inquietud, que de hecho se ha acrecentado, toda vez que esta ley se ha centrado en definir *cuáles* son los servicios públicos, pero no *qué* son como tal.

Para resolver este cúmulo de dubitaciones, esta definición se debe extraer de las nociones generales propuestas por la doctrina, como quiera que los textos legales se centran en pormenorizar los principios que sustentan la prestación de los servicios, y la orientación de los mismos.

En este sentido, el tratadista ANDRÉ DE LAUBADÉRE¹ conceptúa que tradicionalmente, respecto de la noción material o funcional, se entendía el servicio público como "*toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general*"

Esta actividad se consideraba como exclusiva de la Administración; en otras palabras, era la actividad que

¹ LAUBADÉRE, André de: Manual de Derecho Administrativo, TEMIS, 1984 35, 386 y ss

caracterizaba la Administración y sólo ella podía ejercerla.

Su finalidad era satisfacer una necesidad de interés general, o sea, una necesidad de carácter colectivo, por oposición a las necesidades individuales, y por ende, allí donde el servicio público estaba presente, se aplicaba el derecho administrativo y la jurisdicción administrativa.

Ahora bien, en la práctica, aparte de la noción antes presentada, encontramos que con ésta colinda un alcance orgánico o formal, el cual se refiere al conjunto de personas o medios que están encargados de desarrollar la función denominada "servicio público", *verbigratia*, cuando hablamos del servicio público de energía eléctrica, nos estamos refiriendo tanto a la actividad correspondiente a la transmisión y comercialización del fluido eléctrico (concepto material o funcional), como al conjunto de personas y medios que participan en el desarrollo de aquélla (concepto orgánico o formal).

Acotamos entonces que la noción tradicional que planteaba solamente a la Administración como la única investida de la facultad para prestar los servicios públicos no es absoluta, porque precisamente, el modelo actual de la participación del capital privado en las actividades públicas, enmarcada dentro del Estado Social y Democrático de Derecho estatuido en la Constitución de 1991, permite que las entidades de carácter privado ejecuten estas labores que en principio estaban

únicamente en cabeza del Estado; más aún cuando vemos que éste último en muchos casos se ha visto insuficiente e inoperante en el suministro a la colectividad de esta clase de servicios, a causa de múltiples factores tales como falta de presupuesto, técnicas inapropiadas, etc.

En conclusión, podemos afirmar que los servicios públicos son un medio por el cual el Estado cumple los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

En lo que respecta al tema de tesis, podemos definir entonces que el 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.*²

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Al hablar de la naturaleza jurídica de los servicios públicos domiciliarios, *ex profeso* se tendría que retomar lo ya analizado cuando explanamos el concepto de los servicios públicos, así, el interés general y la participación de la Administración son los elementos a explorar.

² Contrato de Condiciones Uniformes ESSA, cláusula 2

Por un lado, para que haya servicio público, se requiere que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la necesidad de uno o varios individuos. Vemos cómo es la "colectividad" la que ejerce la influencia sobre el Estado para que surja el servicio público; el interés general es el elemento generador del servicio, por lo que no puede pensarse que exista el servicio para satisfacer una necesidad individual o privada.

Por otra parte, para que una actividad sea considerada servicio público se requiere además de la participación de la Administración.

Esta participación es directa cuando la Administración misma desarrolla la actividad, y resulta indirecta cuando no es ella misma la que presta el servicio, sino cuando permite que lo presten los particulares bajo su influencia permanente.

En todo caso, y sin lugar a dudas, la naturaleza de los servicios públicos nace de las finalidades del Estado; de suyo, podemos enfatizar lo que al respecto la Corte Constitucional ha definido:

"Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la

igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas.

*"La prestación del servicio, que debe cubrir las necesidades de todos los habitantes del territorio nacional, a quienes se les debe asegurar su prestación eficiente, tiene como destinatario a los usuarios, esto es, a quienes son titulares de dichas necesidades y demandan por consiguiente su satisfacción."*³

3. RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Antes de entrar de lleno en este tema, resulta imprescindible tener claro que por la abundancia de nociones y de la existencia de diversos regímenes legales especiales que pautan los distintos servicios públicos, hablar de uno que abarque todos los servicios públicos, resulta siendo una labor difícil por no decir de imposible consecución; sin embargo, en este *mare mágnum* se pueden distinguir algunos principios rectores generales que orientan esta actividad.

Tales principios son los siguientes:

³ Sentencia C-636 de 2000, M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell

1) Principio de la continuidad: Consiste en que los servicios públicos deben funcionar de manera ininterrumpida, ya que el fin mismo es la satisfacción de las exigencias del interés general.

Al respecto, la sentencia C-272 de 1998 de la Corte Constitucional, establece que:

"Los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, quien debe promover la prosperidad general y buscar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados (CP Art. 365 y 366). De ello se desprenden algunas características y finalidades específicas de estos servicios: la de satisfacer las necesidades esenciales de las personas y la de llegar al usuario mediante redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo. Lo anterior permite que se entiendan por servicios públicos domiciliarios, aquellos que señala el artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994, como son los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible.

Atendiendo a estas consideraciones, la Corte ha declarado que:

"...los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, en orden a la realización de los fines esenciales del Estado, a la justicia social y a promover la igualdad en forma real y efectiva." Por consiguiente, corresponde al Estado, garantizar el funcionamiento de los servicios públicos domiciliarios de forma permanente, continua y eficiente..."

2) Principio de la adaptabilidad: Este principio requiere que el servicio público cuente con la capacidad de

adaptación que exige el interés general. De ahí que la Administración pueda introducir unilateralmente variaciones o modificaciones a las reglamentaciones del servicio que presta, aún cuando éstas estén en detrimento de los derechos adquiridos. Por tanto, pierden valor en este principio las relaciones jurídicas netamente privadas.

3) Principio de la neutralidad: El servicio debe funcionar teniendo en cuenta únicamente las exigencias del interés general, sin tener en cuenta el favorecimiento de los intereses particulares.

4) Principio de la obligación de la administración de hacer funcionar correctamente los servicios públicos: Este principio parte de la base de que los servicios públicos no son un obsequio de graciosa concesión que hace el Estado a sus administrados, sino que por el contrario, aquél tiene la obligación de prestarlos de forma correcta, puesto que la responsabilidad que resulta para la administración en caso de que cause perjuicios se basa precisamente en la culpa o en la falla en el servicio.

Se entiende por falla en el servicio la responsabilidad directa, aquella en la que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente. El Consejo de Estado ha expresado que cuando el daño es originado en irregularidades o deficiencias en el deber

del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, debe ser satisfecho directamente por la Administración, pues no juega necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.⁴

4. RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Para nuestro efecto, podemos afirmar sin dubitación, que el régimen de los servicios públicos domiciliarios se encuentra enmarcado en la ley 142 de 1994, la cual se sustenta en los principios generales de la prestación de servicios públicos.

Hemos definido que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

Si bien inicialmente se consideró que el único prestador de servicios públicos era el Estado, la Constitución, haciendo eco a la evolución de la noción en la doctrina y la jurisprudencia, hizo viable su gestión no sólo por parte del Estado, directa o indirectamente, sino por comunidades organizadas y aún por particulares, según lo ameriten las

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 30 de septiembre de 1960

conveniencias sociales y las características técnicas y económicas del servicio.

Las características específicas del servicio y la naturaleza pública o privada del sujeto que lo presta, determinan el régimen jurídico aplicable en cada caso, el cual nunca será puro, es decir, exclusivamente de derecho público o derecho privado, sino mas bien un derecho mixto que participa de la naturaleza de ambos, sin descartar, dada la calidad de dicho sujeto, que se pueda dar una prevalencia de uno de estos derechos sobre el otro.

Entonces, la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, sustentado en la igualdad, en la pluralidad y en la justicia social, ha establecido la participación activa de la comunidad en la adopción de las decisiones que pueden afectarla, y en la vigilancia de la gestión; además en virtud de la democracia participativa, se posibilita la intervención directa de representantes de la colectividad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que por supuesto, tienden a hacer realidad sus finalidades sociales.

El régimen irrogado por la Constitución a esta ley de Servicios Públicos Domiciliarios implica que, indefectiblemente, este cuerpo legal debe definir la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su

prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes y derechos, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente.

5. PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En desarrollo del texto constitucional, el cuerpo de la ley de servicios públicos domiciliarios da norte a la prestación del servicio, fundamentándola en estos principios:

a) Principio de Intervención estatal: Es cuando el Estado asume la responsabilidad encomendada por la Carta Magna en sus artículos 334, 336 y 365 a 370, con el fin de lograr la consecución de 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.

En desarrollo de este principio, el Estado ha adoptado diversos instrumentos jurídicos que facilitan la prestación misma del servicio a la luz de lo establecido en el artículo 3 de la ley 142 de 1994. Tales instrumentos son relativos a las siguientes materias:

- Promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos.
- Gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios.
- Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia,

cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.

- Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.
- Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.
- Protección de los recursos naturales.
- Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos.
- Estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos.
- Respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.

b) Principio de la ininterrupción de la prestación: El Estado a fin de atender las necesidades del interés general, debe asegurar una correcta e ininterrumpida prestación de los servicios que provea.

Habida cuenta de lo anterior, en aras de mantener incólume la continua prestación de los servicios públicos, el legislador ha prescrito, que aún cuando se encuentre totalmente garantizado el derecho a la huelga, tal concepto se relativiza con el anterior principio, pues prima el interés general sobre este derecho fundamental enmarcado en el artículo 56 de la Constitución, resultando que excepcionalmente se limita

el derecho a la huelga en los casos en los que esté en juego los servicios públicos esenciales.

Bajo esta orientación, el artículo 4 de la ley 142 de 1994, establece que todos los servicios públicos son esenciales.

c) Principio de libertad de empresa: este principio, enmarcado en el artículo 10 de la precitada ley, con base en los señalamientos constitucionales, enuncia la posibilidad que tienen las personas, públicas o privadas, de organizar empresas que tenga por objeto la prestación de los servicios públicos.

La sentencia C-272 de 1998, citada en anterior oportunidad, expresa al respecto:

"...es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, control y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación, control y vigilancia de tales servicios armoniza además con la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (CP arts. 333 y 334). Por consiguiente, la Carta, a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado en esta materia, y en especial le atribuye una competencia general de regulación (CP

art. 365). Nótese que esta norma atribuye genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales. Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas."

6. FUNCIÓN SOCIAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SU COMPETENCIA

El artículo 11 de la ley 142 de 1994 establece que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben cumplir una serie de obligaciones con base en la función social de la propiedad.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 58, expresa respecto de la propiedad lo siguiente:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la

aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio".

En palabras de Velásquez Jaramillo, en nuestro sistema constitucional rige el concepto de propiedad privada intervenida o con función social. En realidad la propiedad en Colombia tiene una función social, y no es una función social como lo preceptúa la norma constitucional.

La propiedad tiene función social cuando se acepta su titularidad en un propietario particular, con la carga de hacer primar sobre su derecho el interés público social.⁵

⁵ VELAZQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo: Bienes, Temis 2000

Si bien el aparte normativo contenido en la ley 142, *prima facie* nos ciñe a interpretarlo únicamente desde la órbita aplicacional de las obligaciones contraídas legalmente por las empresas prestadoras del servicio público en la consecución de la *función social de la propiedad*, debemos enfatizar la necesidad de acudir a una interpretación sistemática, mucho más amplia que la anterior, pues a todas luces se infiere que la intención del legislador al redactar el artículo y sus numerales obligacionales no era otro que el de establecer ciertos parámetros generales de indiscutible cumplimiento para cualquier ente (privado o público) que se abrogue la responsabilidad de prestar el servicio, sobre los cuales dicha prestación se desarrolle correctamente, dentro del marco jurídico del Estado Social de Derecho.

De tal suerte, al suministrar determinado servicio, la empresa prestadora cumple con una función social, no solamente al concretar un beneficio colectivo supliendo una necesidad, sino magnificando el interés público social, al que cede, inevitablemente en muchos casos, el interés particular.

Por tanto, en concordancia con los objetivos y fines fundantes de la existencia del Estado Social de Derecho, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen una serie de obligaciones, las cuales serán puntualmente estudiadas.

7. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

7.1 Obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

A través de este precepto se materializa el principio de ininterrupción de la prestación del servicio, el cual, como hemos visto, consiste en que las empresas prestadoras deben garantizar el continuo y correcto suministro del servicio, toda vez que el mismo representa la satisfacción de las necesidades de la comunidad, y no sólo una mera satisfacción formal, sino material, en tanto que esta obligación es un derecho social de las personas. Deben entonces las empresas tener los medios idóneos para poder, en desarrollo de sus funciones, proveer en condiciones óptimas, la atención y no violación de los derechos del destinatario final de estos servicios, es decir, el usuario.

Al estudiar esta obligación impelida por las leyes, vemos también que el cuerpo normativo en estudio introduce el concepto de "posición dominante". Es necesario definir qué se puede entender por tal, cuando la ley habla de que las empresas prestadoras de servicios públicos no podrán abusar de la posición dominante que las mismas puedan tener frente a los usuarios.

Podemos definir la posición dominante como aquella potestad jurídica y fáctica que tienen estas entidades para acometer sus objetivos, en el sentido de que por la preponderancia que tienen las compañías en determinado ámbito -y por ende, ciertas prerrogativas de tipo económico-, la prontitud y continuidad con que deben ser satisfechas las necesidades de la colectividad, ellas *per se* pueden llegar a pautar las condiciones de la prestación del servicio, y en determinado caso, salvo disposición en contrario, decidir por ellas mismas qué tipo de acción se ejecuta en determinada situación.

Un ejemplo de ello es la facultad que tienen las compañías para establecer las condiciones uniformes para la prestación de un servicio. Una vez vigente el contrato, aún sin existir volición formal de los usuarios para disponer ante tal, rige de pleno derecho, para los efectos previstos por el mismo.

Por tal razón, en muchos casos, pueden llegar a colindar la protección de derechos inviolables, y el empleo de la posición dominante, sin que ésta última necesariamente implique un abuso del poder, sino lo contrario, una acción urgente de determinada entidad para concretar la no interrupción de un servicio o la protección del interés general, pues de interrumpirse el servicio se podrían ocasionar graves perjuicios a una comunidad.

Se enmarca entonces la figura jurídica de la posición dominante como una importantísima herramienta con que

cuentan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para ganar autonomía en diversas circunstancias.

La no interrupción de la prestación del servicio y la posición dominante están intrínsecamente ligadas, puesto que para cumplir con la obligación primaria de prestar el servicio, las empresas deben contar con los medios, técnicas, presupuesto e infraestructura necesaria para enfrentar múltiples contingencias. Pero para superar estas barreras, deben contar con una autonomía real que les permita planear, proyectar, decidir y ejecutar una solución unilateral, claro está, partiendo del presupuesto de la autosuficiencia que tienen estas entidades.

Sin embargo existen, para efectos de la juridicidad del concepto, otros criterios que permiten establecer qué se define como posición dominante. En un sentido más amplio, es cualquier prerrogativa jurídica de que gozan determinadas personas, naturales o morales.

Para nuestro caso, estos criterios se encuentran descritos en la cláusula 2 del Contrato de Condiciones Uniformes de la Electrificadora de Santander, que determina acerca de esta prerrogativa:

"Es la que tiene una Empresa de Servicios Públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una Empresa, respecto al mercado de sus

servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado".

Este aspecto de la posición dominante se encuentra definido en la jurisprudencia constitucional de la siguiente forma:

*"La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente. La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado"*⁶.

Lo anteriormente expuesto, tiene su contrapeso, y es el hecho de la existencia de las prerrogativas antes tratadas:

⁶ sentencia T-375 de 1997, Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, Vg., la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados”.⁷

Decimos entonces que la posición dominante se encuentra limitada por dos elementos importantes: el primero de ellos, y quizás el más importante, la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas, pues es el

⁷ Sentencia C-263 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell

fin último de nuestro Estado, el cual debe perpetrar su protección con todos los medios a su alcance.

El segundo elemento limitante es la organización misma del Estado, que consagra el control funcional y orgánico de las diversas personas públicas que lo integran. Así, existen al interior de esta jerarquización unas entidades que tienen el deber de vigilar y controlar, cumpliendo con una función delegada por la Constitución y las leyes.

Para nuestro caso en especial, las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios están vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos, que es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, por medio de la cual el Presidente de la República ejerce el control, inspección y vigilancia de la entidades que presten los servicios públicos a las que se aplica la ley 142 de 1994.

7.2. Obligación de abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia.

Este deber impuesto a través de la ley 142 de 1994, se genera en desarrollo de lo enmarcado en la constitución política en su artículo 336, el cual expresa lo siguiente:

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La actividad económica y la iniciativa privada son de libre ejercicio⁸, mas aún cuando en lo referente a la prestación de los servicios públicos, el Estado ha permitido que los particulares desarrollen la labor bajo ciertos parámetros.

Por lo tanto, todo aquél que avalado por el Estado tenga la posibilidad de contribuir con el interés general prestando debidamente el servicio público domiciliario, debe abstenerse de evitar que otros tengan la posibilidad de prestación del mismo servicio.

Lo anterior sin perjuicio de que la norma constitucional le de cabida al Estado para decidir, previa aprobación legal, el establecimiento de un monopolio que genere una renta estatal; Vg. el monopolio rentístico de los juegos y azar.

7.3. Obligación de facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.

En cumplimiento de esta obligación el Gobierno creó el llamado Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, mediante la ley 286 de 1996 y posterior decreto 3087 de 1997 que reglamentó las

⁸ Artículo 333. Constitución Política

contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible por red física.

Para garantizar el consumo básico - que es el que se destina a satisfacer las necesidades básicas de los usuarios de menores ingresos⁹ situados en los estratos 1 y 2 - los usuarios de mayores estratos, contribuirán con el pago del subsidio de que habla la ley 142¹⁰.

El subsidio entendido dentro de la ley de servicios públicos, es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de este, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y se refleja como el descuento en el valor de la factura a los usuarios de menores ingresos.¹¹

En conclusión, el Fondo se creó para administrar y distribuir los recursos asignados del Presupuesto Nacional y/o del mismo Fondo, destinados a cubrir los subsidios de los servicios de energía eléctrica y gas combustible distribuidos por red física a los usuarios de menores ingresos; consumándose de esta forma la obligación emanada de la ley.

7.4. Obligación de cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán

⁹ Artículo 1.1, decreto 3087 de 1997

¹⁰ Artículo 1.2, decreto 3087 de 1997

¹¹ Artículo 1.5, decreto 3087 de 1997

la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

Tal y como estudiamos al hablar de la función social de la empresas de servicios públicos domiciliarios, la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

La importancia de la defensa del medio ambiente, fue legitimada por la Constitución Política de 1991 al establecer un buen número de normas relacionadas con su protección - entre las que se destacan las que consagran los derechos de tercera generación - confirmando una vez más la complementariedad que debe existir entre sociedad y derecho.

Es así como al Estado no sólo se le impone la obligación de la prestación de bienes y servicios a la comunidad, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, su conservación y restauración, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental imponiendo las sanciones legales y exigiendo la reparación de los daños causados.

El medio ambiente, entendido como un derecho constitucional fundamental, le da al Estado facultades de intervención en la comunidad civil, así se convierta en factor limitante de las libertades individuales, de las

libertades económicas, de la libertad de empresa, de las libertades de tránsito y otras libertades consagradas constitucionalmente. Dentro de la filosofía del Estado Social de Derecho, el constituyente le confiere a la propiedad una función ecológica que implica necesariamente la restricción de los derechos de uso y dominio, lo que conlleva necesariamente a que se limite la propiedad frente a la prevalencia del derecho a una mejor calidad de vida. Consagrada la libertad económica en el Estado colombiano, esta libertad no es absoluta, como la determina el artículo 333 de la Carta - explicado ya al hablar de la prohibición monopolística - que delega en el Legislador la facultad de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

7.5. Obligación de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

El Estado en su afán de cobijar en la totalidad del territorio la prestación del servicio, dentro de un manejo integral, eficiente y sostenible de los recursos energéticos del país, debe ejecutar políticas de corto y mediano plazo, adaptables a los cambios que exigen las condiciones técnicas, económicas, financieras y ambientales, cumpliendo con los requerimientos de

calidad, confiabilidad y seguridad determinados por el Ministerio de Minas y Energía.

Para este fin las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.

7.6. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Uno de los casos en los que las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica deben responder a sus usuarios por los perjuicios que le ocasione, sucede cuando incurren en una indebida prestación del servicio. En las condiciones uniformes del contrato para la prestación del servicio de energía eléctrica de la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P., la falla se entiende como el incumplimiento de la compañía en el suministro continuo del servicio, lo que le da al usuario el derecho a rescindir del contrato desde el momento en el que se presente la falla, o a exigir que no se le cobre sino lo que efectivamente consumido.

En cuanto a la tasación de los perjuicios causados, estos en ningún caso serán de menos del valor del consumo de un día del usuario afectado por cada día en que el servicio haya fallado totalmente o en proporción la duración de la falla mas el valor de las multas, sanciones o recargos que la falla le haya ocasionado; más el valor de las inversiones o gastos que haya invertido para suplir el servicio.¹²Con todo, la indemnización de perjuicios no procede si hay fuerza mayor o caso fortuito y en todo caso que se demuestre que el administrador o el particular que haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

¹² Artículo 26.2 Contrato de Condiciones Uniformes ESSA E.S.P.

CAPITULO II
LA JURISDICCION COACTIVA Y EL PRINCIPIO DE
AUTOTUTELA

1. JURISDICCION COACTIVA

1.1. Definición

La jurisdicción coactiva es una función jurisdiccional asignada a un organismo o a un funcionario administrativo determinado, para que, sin recurrir a la autoridad judicial, haga efectiva, por la vía ejecutiva, las deudas fiscales expresas, claras y exigibles a favor de la entidad pública que ejerce dicha jurisdicción.

En concepto de ciertos doctrinantes, es la facultad que tiene el Estado para cobrar directamente las deudas fiscales de sus contribuyentes.

Para otros, la jurisdicción coactiva es una prerrogativa del Estado denominada "Privilegio exorbitante del Estado", que permite que él no tenga que acudir como un simple particular a demandar por el juicio ejecutivo común, lo que entorpecería su cometido.

La Corte Constitucional, en sentencia C-666 de 2000, expresa algunos conceptos sobre la jurisdicción coactiva:

"La jurisprudencia ha definido la jurisdicción coactiva como un "privilegio exorbitante" de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales.

Al respecto, vale la pena citar los siguientes pronunciamientos judiciales:

"(...) Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el Estado, el Departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y parte.

Esta facultad es uno de los **privilegios exorbitantes** de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Hauriou. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor que las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones de procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple documento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos". (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Providencia del 13 de agosto de 1936.-G.J. N° 1911. Pág. 882)."

La jurisdicción coactiva es un privilegio concedido en favor del Estado, que consiste en la facultad de cobrar las deudas fiscales por medio de los empleados recaudadores, asumiendo en el negocio respectivo la doble calidad de juez y parte. Pero ese privilegio no va hasta pretermitir las formalidades procedimentales señaladas por la ley para adelantar las acciones ejecutivas.¹³

La importancia de esta institución radica en que mediante ella se procura sanear la cartera que pueda tener el Estado por el no pago oportuno de sus contribuciones, tasas, impuestos, anticipos, intereses, retenciones, garantías, cauciones, sanciones, multas, alcances líquidos, etc. Por ello se dice que el Estado es Juez y parte, porque puede autocobrase dichas deudas.

Entre nosotros nunca ha existido una organización de la jurisdicción coactiva expedida en un acto único legal, ni un código de procedimiento propio, sino que a medida de las necesidades de la Administración y por medio de muchas leyes diversas y dispersas se ha venido legislando sobre la clase de obligaciones que puedan recaudarse por esta vía, sobre los títulos que prestan mérito ejecutivo para ello y los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva, así como en los casos en que procede la segunda instancia.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. G.J. XLV. N° 1929, Auto de septiembre 1 de 1937, pág. 773

La jurisdicción coactiva puede ser entendida desde dos puntos de vista. El primero de ellos es el orgánico, el cual hace referencia al conjunto de funcionarios estatales investidos de competencia por la ley, para tramitar la ejecución forzada de acreencias o deudas fiscales; y el segundo es el material, que es la función misma de carácter jurisdiccional, destinada a realizar tales ejecuciones.

En todo caso se trata de una jurisdicción especial también conocida como justicia fiscal, por cuanto se encarga de hacer efectivas las deudas al fisco, o a favor del Estado.¹⁴

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, *"La jurisdicción coactiva no implica el ejercicio de la función jurisdiccional, sino que es un procedimiento administrativo encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo conforme a las normas de los artículos 68 del C.C.A y 562 del C.P.C"*¹⁵

Se considera que la Administración debe continuar revestida de esa exorbitancia consistente en poder ser a la vez, en los procesos de jurisdicción coactiva, juez y parte. Esto es así pues le corresponde a la rama ejecutiva velar por la estricta recaudación de las rentas y caudales públicos. Además porque es importante la institución de esta jurisdicción para que la administración proceda directamente y ante sí al cobro de

¹⁴ RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Procesos Contencioso Administrativos. Jurídicas Wilches 1988. Página 254

¹⁵ Sentencia 79 de Octubre 5 de 1989

sus acreencias, sin necesidad de acudir a otro órgano del Estado. La Jurisdicción coactiva es un complemento de las facultades de la Administración, orientado por el carácter público y el interés general que persigue y que allí expresa su capacidad de ejecutoria.

1.2 Potestad del servidor público en la jurisdicción coactiva.

Previamente a la aclaración de aspecto orgánico inherente a esta jurisdicción, hemos de señalar que para concretar su desenvolvimiento adjetivo debe existir la conversión del servidor público en Juez, aunque claro, con muy limitadas funciones.

El servidor público revestido ad-hoc del carácter de juzgador, no tiene función de tipo declarativa sino de simple ejecución. En otras palabras, el Juez coactivo, basado en la providencia administrativa contentiva de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, profiere el mandamiento de pago, ordena los embargos y secuestros y puede adelantar el proceso llegando a dictar sentencia - aunque en expresas palabras no sería sentencia sino resolución -, que ordena seguir adelante con la ejecución y, si es del caso, determinando el remate de los bienes del deudor. El Juez coactivo está dotado de los mismos poderes y facultades de los que goza un juez en el proceso ejecutivo común: los de decisión, ejecución, coerción y de documentación.

Fuera de lo anterior, por sus funciones, al ejercer jurisdicción, los servidores públicos investidos de esa atribución, se consideran funcionarios judiciales, y por ende, son regidos por el Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, y específicamente en lo relacionado con la designación de auxiliares de la justicia.

Resulta preciso advertir que los actos proferidos por estos funcionarios primigeniamente son de carácter definitorios, aunque realmente son susceptibles del examen del juez especial.

1.3 Naturaleza de la Jurisdicción Coactiva

En cuanto a la naturaleza de la jurisdicción coactiva, la Corte Suprema de Justicia¹⁶, señaló:

"La jurisdicción coactiva no implica el ejercicio de la función jurisdiccional sino que es un procedimiento administrativo encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo conforme a las normas de los artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y 562 del Código de Procedimiento Civil para que el presidente de la república pueda cumplir el mandato del artículo 120, ordinal 11 de la Carta, de cuidar de la exacta recaudación de las rentas públicas. Cabe señalar además que tanto la Corte como el Consejo de Estado en forma reiterada y continua han considerado que la llamada "jurisdicción coactiva se ajusta a los preceptos del estatuto fundamental, y que por naturaleza no extraña el ejercicio de la función jurisdiccional como que en ella no se discuten derechos sino que se busca poder hacer efectivo el cobro de

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 5 de 1989

obligaciones tributarias o deudas fiscales surgidas de la potestad impositiva del Estado y se pretende exigir su cumplimiento compulsivo cuando el sujeto pasivo de dicha obligación la ha incumplido parcial o totalmente"

El fin último o la esencia de la jurisdicción coactiva es permitirle a una persona pública, iniciar y adelantar por sí misma, un proceso compulsivo para hacer efectivo un crédito exigible a su favor y a cargo de un particular; como ya habíamos dicho, lo hace por medio de uno de sus funcionarios facultado por la ley como una excepción que tiene por objeto facilitar el cobro ejecutivo de las deudas fiscales.

1.4 Características de la Jurisdicción Coactiva

- Esta jurisdicción es creada exclusivamente por la Constitución y/o por la ley, sin embargo el artículo 14 del decreto 1604 de 1996 faculta a la Nación, a los departamentos, a los municipios y al Distrito Capital de Santa fe de Bogotá, para crear los cargos de los funcionarios que han de conocer los procesos de jurisdicción coactiva. Por lo tanto, se puede subdelegar de manera excepcional y restrictiva esta competencia por medio de normas diferentes, como decretos, ordenanzas o acuerdos.
- Los funcionarios que la pueden ejercer están taxativamente señalados en la Constitución y en la ley.

- Carece de un aparato judicial propio, resulta ser un híbrido tomado del CPC y del CCA.
- No existe jerarquización ni organización alguna en esta jurisdicción.
- Esta jurisdicción sólo procede para el recaudo de las obligaciones taxativamente señaladas por las normas legales.
- Los únicos acreedores que pueden ejercer las acciones y pretensiones en esta jurisdicción son las entidades públicas.
- La participación procesal por activa y la capacidad de juzgamiento se reúnen en la entidad pública para ejecutar a su deudor.
- El proceso por jurisdicción coactiva se desarrolla ante los funcionarios administrativos, dentro de las reglas de un proceso ejecutivo.
- El contencioso-administrativo ejerce un control jurisdiccional sobre este tipo de procesos.

2. PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

2.1 Definición

Se entiende por autotutela la facultad de la Administración para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial. En palabras de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón

Fernández se define como *"el sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales"*.

De otro modo, la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndole de este modo la necesidad común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.

2.2 Clasificación

La Autotutela se ha clasificado en:

- Conservativa: Cuando la Administración propende por mantener la estabilidad o equilibrio en determinada situación jurídica.
- Agresiva o Activa: Tiene por contenido una conducta positiva y por resultado una mutación en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación previa.
- Declarativa: Facultad de la Administración de beneficiarse de una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa.
- Ejecutiva: Esta noción será tratada con mayor profundidad en el siguiente acápite, debido a su importancia y complejidad con relación a la jurisdicción coactiva

2.3. Definición de Autotutela Ejecutiva.

Podemos predicar de la Autotutela Ejecutiva que es cuando la Administración se exime de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, al tiempo que está facultada para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada.

Entonces, la Autotutela Ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros.

Pero es necesario aclarar que la Autotutela Ejecutiva se aplica únicamente en obligaciones de contenido económico, lo que hace que no todo acto de la Administración sea autotutelable ejecutivamente, en virtud de que por expreso señalamiento del Código Contencioso Administrativo, sólo ciertos documentos en donde conste una obligación expresa, clara y actualmente exigible, presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva.

Así pues, el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, preceptúa taxativamente que estos documentos deben nacer a la vida jurídica a través de las siguientes maneras:

a) Por actos administrativos ejecutoriados que impongan a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden (para nuestro caso Vg. la empresa de servicios públicos domiciliarios ESSA), la obligación de pagar una suma de dinero, en los casos previstos en la ley.

b) Por sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del Tesoro Nacional, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

c) Por causa de las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, o las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme, en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria.

d) Por los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso.

e) Por las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se

integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación

f) Por las demás que consten en documentos que provengan del deudor.

La Corte Constitucional finalmente ultima que:

"...el proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa, por cuanto su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la Administración de cobro de una obligación tributaria. En otras palabras, esta jurisdicción es el uso de la coacción frente a terceros y la expresión de una autotutela ejecutiva.

(...)

Es claro que el administrado está sujeto o sometido a potestades de la Administración, pero esa sujeción solamente supone una eventualidad de soportar efectos razonables, por cuanto las obligaciones que impone la Administración no son fruto de su propia iniciativa, sino que tienen su fuente en la Constitución, en la ley o en normas de inferior jerarquía aplicables a cada caso en particular. En general la actuación de la administración está limitada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado y a garantizar los derechos de las personas y solo si ésta cumple con los ellos, su actuación está ajustada a la ley.

O en otras palabras, tal privilegio posicional comporta una excepcionalidad que no tiene por qué ser aberrante. Ni la Administración debe transformarse en un sujeto justiciable igual que los ciudadanos, ni la doble prerrogativa es por naturaleza incompatible con una acabada tutela judicial efectiva. La excepcionalidad significa que ese status de poder debe limitarse y condicionarse para servir a la realización de los cometidos que

corresponden a la Administración en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho.

Entonces, surge la pregunta: ¿cuál es la finalidad de una ejecución por parte del Estado? No se trata solamente de hacer efectiva una obligación expresa, clara y actualmente exigible sino de recoger bienes que van a contribuir a la satisfacción de los fines esenciales del Estado. (Artículo 2 y 365 de la Constitución Política)..."¹⁷

3. COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS EN LA JURISDICCIÓN COACTIVA

Retrotrayendo las características que distinguen la figura jurídica de la Jurisdicción Coactiva, hemos de decir que sólo mediante la Constitución o la ley, o una norma de igual jerarquía, se puede conferir competencia para ejercer esta jurisdicción.¹⁸

Se les confiere entonces competencia para ejercer jurisdicción coactiva:

3.1 A nivel Nacional

3.1.1 En la Rama Ejecutiva:

- A los ministerios, los departamentos administrativos, y los organismos adscritos a ellos, como son las Superintendencias y los

¹⁷ Sentencia C-666/00 M.P: José Gregorio Hernández Galindo

¹⁸ Se hace la salvedad en este punto por lo dispuesto por el decreto 1604 de 1996, Art. 14 inciso 2

Establecimientos Públicos Nacionales. La competencia es conferida mediante la ley 6 de 1992, artículo 112, que reza:

"De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional como Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos y vinculados¹⁹, la Contraloría General de la República, La Procuraduría General de la Nación y la Registraduría nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados"

- A la Superintendencia de Sociedades, conferida por la ley 222 de 1995, artículo 86, numeral 5, que señala:

"Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

(...)

5. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley"...

¹⁹ Mediante sentencia C-666/00 se declara parcialmente exequible lo subrayado: "pero en el entendido de que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere exclusivamente al cobro o recaudación de recursos provenientes de funciones netamente administrativas confiadas por el legislador de modo expreso a los entes vinculados, siempre que en la misma norma legal correspondiente se autorice la función de ejecución coactiva y se determinen las condiciones de su ejercicio, únicamente en cuanto a los aludidos recursos. Bajo cualquiera otra interpretación, los mencionados vocablos se declaran INEXEQUIBLES"

- A la Superintendencia Bancaria, mediante el artículo 112 de 1992, enriquecido por el decreto 2174 de 1992, artículo 1, que expone:

"Para efectos del ejercicio de la Jurisdicción Coactiva conferida en el artículo 112 de la Ley 6 de 1992, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Entidades adscritas y vinculadas, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la medida en que lo permita la ley, podrán organizar, dentro de cada organismo, grupos de trabajo para el cobro por Jurisdicción Coactiva de los créditos a favor de los mismos, con funcionarios de cada uno de los organismos. En caso contrario deberán asignar tales funciones de cobro por Jurisdicción Coactiva a la Oficina Jurídica del respectivo organismo o dependencia que haga sus veces".

- A la Supervigilancia, que reglamentó la jurisdicción coactiva mediante resolución 12533 del 2 de Septiembre de 1999, modificada por el artículo 1 de la resolución 236 del 23 de febrero de 2000, emanadas de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, que estipula:

"La Oficina Jurídica podrá efectuar el cobro persuasivo de las obligaciones crediticias de que trata el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo; para el efecto se podrán fijar los siguientes plazos: Para cuantías desde un millón a cinco millones, el plazo ha de ser hasta ocho (8) meses. Para cuantías de cinco a diez millones de pesos, el plazo puede ser hasta de dieciocho (18) meses. De ahí en adelante, teniendo en cuenta la situación individual del servicio de vigilancia. Vencido el

plazo sin que la obligación se haya pagado total o parcialmente se procederá a iniciar el proceso ejecutivo"

- A la Etesa, que reglamentó su competencia delegándola a su Vicepresidencia de recaudos, por interpretación propia del artículo 112 de la ley 6 de 1992, mediante los artículos 1 y 2 de la resolución 0678 del 8 de julio de 2004:

"ARTÍCULO PRIMERO: Asignar las funciones de cobro por Jurisdicción Coactiva a la Vicepresidencia de Recaudos, cuyo objetivo será el de hacer efectivos los créditos exigibles a favor de la Empresa Territorial para la Salud, Etesa.

ARTÍCULO SEGUNDO: DELEGAR en el Vicepresidente de Recaudos el cobro por Jurisdicción Coactiva, cuyas funciones serán las siguientes:

a) Dirigir, programa, coordinar y controlar los cobros por jurisdicción coactiva provenientes de títulos ejecutivos judiciales, títulos ejecutivos de origen administrativo, y los demás que surjan en cumplimiento de las tareas asignadas a la entidad, para ello deberá seguir el procedimiento que determine la Ley y sus reglamentos para salvaguardar los intereses del Estado

b) Adelantar los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, de aquellos títulos que sean sometidos a su recaudo y solicitar los documentos adicionales para su adecuada conformación.

c) Dirigir y coordinar las funciones desempeñadas por el personal a su cargo para el desarrollo de las funciones de cobro por Jurisdicción Coactiva.

d) Velar porque los términos procesales se cumplan en debida forma.

e) Otorgar los poderes que considere necesarios para el cobro de los créditos por Jurisdicción Coactiva.

f) Suscribir los acuerdos de pago requeridos en desarrollo del cobro por Jurisdicción Coactiva.

g) Las demás que sean asignadas o se requieran para el ejercicio de las funciones que se le delegan"

- A la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en desarrollo del artículo 823 del decreto 624 de 1989, que señala que, para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, les confiere jurisdicción coactiva a 4 tipos de funcionarios:

1. A los de las entidades administradoras de los distintos regímenes del sistema de pensiones, con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador, según el artículo 24 de la ley 100 de 1993:

"ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo."

2. A los de las entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado, en desarrollo del ya citado artículo 24 de la ley 100 de 1993.

3. A los de las entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del régimen de ahorro individual con solidaridad, por ministerio de la misma disposición legislativa.

4. En virtud del artículo 824 del decreto 624 de 1989, que reglamenta lo referente a la competencia funcional, se dispone que para exigir el cobro coactivo, son competentes los siguientes funcionarios: El Subdirector de Recaudo de la Dirección General de Impuestos Nacionales, los Administradores de Impuestos y los Jefes de las dependencias de Cobranzas y de las Recaudaciones de Impuestos Nacionales.

3.1.2 Dentro de los organismos de control o de fiscalización

- La Contraloría General de la República: en virtud del numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia, que reza, en lo atinente a las funciones del Contralor, lo siguiente:

“Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso,

recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma".

- La Procuraduría General de la Nación, mediante el artículo 112 de la ley 6 de 1992, tratado en anteriores oportunidades.

3.1.3 Dentro de las autoridades electorales:

- La Registraduría Nacional del Estado Civil, por ministerio del citado artículo 112 de la ley 6 de 1992.

3.1.4 Dentro de la Rama Judicial:

- En los tribunales contencioso administrativos, conferida por el artículo 41 de la ley 446 de 1998.

3.2 A nivel departamental:

3.2.1 En la rama ejecutiva

Hogaño, la ley sólo ha conferido esta competencia dentro de este nivel a las oficinas de valorización y a las tesorerías especiales, concretamente para el recaudo de las obligaciones fiscales relativas a esa dependencia, por disposición de los decretos 1604 de 1996 y 1222 de 1986, éste último en especial determina en su artículo 183:

"Para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de valorización nacionales, departamentales, municipales y del Distrito Especial de Bogotá, se seguirá el procedimiento especial fijado por el Decreto - ley 01 de 1984 artículo 252, y prestará mérito ejecutivo la certificación sobre existencia de la deuda fiscal exigible, que expida el jefe de la oficina a cuyo cargo está la liquidación de estas contribuciones o el reconocimiento hecho por el correspondiente funcionario recaudador.

En la organización que para el recaudo de las contribuciones de valorización establezcan la Nación, los Departamentos, los Municipios y el Distrito Especial de Bogotá, deberán crearse específicamente los cargos de los funcionarios que han de conocer de los juicios por jurisdicción coactiva. Dichos funcionarios quedan investidos de jurisdicción coactiva, lo mismo que los tesoreros especiales encargados de la recaudación de estas contribuciones"

3.2.2 En los órganos de control fiscal

- A las contralorías departamentales, facultamiento igualmente emanado de la Constitución Nacional, en su artículo 272 inciso 6, como en los órganos de control fiscal a nivel nacional.

3.2.3 En la rama judicial

- A los tribunales administrativos
- A la dirección ejecutiva seccional de la administración judicial.

3.3 A nivel de los municipios

En este nivel la competencia está delegada en cabeza del alcalde, y por medio de la ley 78 de 1986, se consagró la posibilidad de delegarla en el tesorero municipal. En algunos casos se observa la costumbre de realizar una subdelegación en cabeza de los jueces de ejecuciones fiscales, lo cual según el tratadista GONZÁLEZ T., no es aceptable.

Cabe señalar que la anterior disposición quedó modificada por el artículo 5 de la ley 49 de 1987:

"Funciones. Los Alcaldes en su carácter de jefes de la administración municipal o de la distrital, o como delegatorios de otra autoridad, ejercerán las funciones que les asignen la Constitución, la ley, las ordenanzas y los acuerdos."

En lo que nos atiene, el numeral 5 del artículo precitado, expone sobre las funciones de los alcaldes:

"Tendrán jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de las obligaciones a favor de los municipios. Esta función podrán delegarla en los tesoreros municipales que la ejercerán conforme a lo dispuesto en los artículos 68, 79, 252 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil".

4. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN COACTIVA.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo, ejerce sobre todos los procesos llevados por jurisdicción

coactiva, una competencia específica, mejor llamada competencia de segunda instancia por medio de la cual despliega cierto control "jurisdiccional" permítase la redundancia, además del no menos importante control de legalidad.

En un primer término, esta competencia, por señalamiento del Código Contencioso Administrativo en sus artículos 128-13 y 129-3, estaba atribuida al Consejo de Estado, quien conocía de las apelaciones de providencias, consultas de sentencias, recursos de queja y trámite de excepciones; sin embargo al entrar en rigor la ley 446 de 1998 se tuvo que dar aplicación a las nuevas competencias conferidas resaltadas en los artículos 41 y 42 de la ley referida, modificantes de los artículos 133 y 134C del Código Contencioso, así:

"Artículo 133: Competencia de los tribunales Administrativos en segunda instancia. Los Tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

- 1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en segunda instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponde*
- 2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de la liquidación de crédito, y el auto que decrete nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que*

conozcan los funcionarios de los distintos ordenes cuando la cuantía exceda de quinientos (500) SMLMV.

- 3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior."*

"Artículo 134C: Competencia de los Jueces Administrativos en segunda instancia:

Los Jueces Administrativos conocerán, en segunda instancia, de los siguientes asuntos:

- 1. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, las sentencias de las excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decrete nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan las funciones de los distintos ordenes, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) SMLMV*
- 2. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior.*
- 3. De la consulta de las sentencias dictadas en los mismos procesos contra quien estuvo representado por curador ad-litem, sin consideración a la cuantía."*

Como vemos el Honorable Consejo de Estado perdió la competencia para conocer de los procesos de jurisdicción coactiva, quedando ahora en cabeza de los Jueces y los Tribunales Administrativos. Los primeros como sabemos sin materializada creación.

Resta sólo incluir dentro de la competencia atribuida a lo Contencioso Administrativo, las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones que resuelven las excepciones y ordenan la ejecución en el procedimiento administrativo de cobro y en el ejecutivo derivado del control fiscal establecido en la ley 42 de 1993.

CAPITULO III
PROCEDIMIENTO PARA DETECTAR ANOMALÍAS Y/O PARA
IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS EN LA PRESTACIÓN
DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

1. ORIGEN JURÍDICO

Diremos a propósito de este capital tema, que la facultad de la que gozan las empresas de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias y cobrarlas ejecutivamente *per se* mediante actos administrativos, está claramente relacionada con la jurisdicción coactiva, y por ende, con el principio de autotutela ejecutiva, en dos formas:

La primera relación es de sentido causal, habida cuenta de la existencia de la posición dominante que ostentan estas entidades, ya que a través de ésta figura ellas pueden determinar una situación jurídica - mediante actos administrativos - violatoria de las obligaciones de los usuarios, e inclusive, tales entidades pueden establecer las causales para suspender el servicio o hasta la terminación del contrato y consecuentemente el corte definitivo del servicio.

La segunda relación es de sentido teleológico, pues como ya se ha hecho suficiente claridad, la autotutela ejecutiva existe en y por las finalidades del Estado, máxime cuando se trata de otorgar equidad entre las

empresas de servicios públicos y los usuarios, es decir, la comunidad, dimensionando los parámetros constitucionales referentes a la función social de las entidades prestadoras del servicio, y de las limitantes de la posición dominante, en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales y sociales.

Así mismo, el origen jurídico del proceso sancionatorio, o mejor, de la potestad de las empresas de servicios públicos para imponer sanciones, es explicable de dos formas: abstracta y concreta.

De forma abstracta, se infiere por la racionalidad que deben tener inexorablemente las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica, para establecer, mediante actos administrativos conformes a las normas superiores, concreciones jurídicas supuestas por el derecho; racionalidad también predicable entonces del empleo de la posición dominante con que cuentan estas entidades para autodeterminarse como agentes superiores con finalidades públicas. En este caso, su finalidad primordial sería la de promover de forma activa las condiciones mínimas en que se desenvuelve un conglomerado social. Al decir que esta promoción debe ser de forma activa, necesariamente debemos imaginarnos la creación de herramientas efectivas que ayuden a lograr estas condiciones propiciatorias del desarrollo económico y social del conglomerado.

En sentido concreto, nace de lo dispuesto por los artículos 140 y 142 de la ley 142 de 1994, los cuales señalan de forma tácita que las empresas de servicios públicos pueden imponer sanciones cuando se verifiquen conductas o circunstancias no permitidas con sujeción a los procedimientos fijados en sus propios contratos uniformes; en nuestro caso, tales conductas o circunstancias pueden consistir, en muchos casos, en defraudaciones energéticas, en los modos que más adelante veremos.

En fin, el desarrollo al sentido concreto del origen jurídico de la potestad sancionatoria de las empresas prestadoras de servicios públicos, se da a partir de la Resolución 108 de 1997 emanada de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la cual señala los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario.

De tal modo, el artículo 54, en lo referente a las sanciones pecuniarias, establece:

"En el contrato de condiciones uniformes se deberá establecer en forma clara y concreta, qué conductas del usuario se consideran incumplimiento de éste y dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la empresa, la manera de establecer su cuantía y el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la sanción a que haya lugar. En todo caso, la actuación

deberá adelantarse con la garantía plena del derecho que tiene el usuario a la defensa, y con sujeción a lo que los Códigos Civil y de Comercio y la Ley 142 de 1994, en su artículo 133, prevén en relación con la carga de la prueba."

Por lo tanto, verdaderamente, la facultad que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y en especial la que estudiamos, es decir, la Electrificadora de Santander, para imponer sanciones pecuniarias y hacerlas efectivas, pretermitiendo de la jurisdicción ordinaria, nace única y expresamente del contrato de condiciones uniformes.

2. EL CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES

2.1 Definición

Podemos definir al contrato de condiciones uniformes como aquel acuerdo o convenio existente entre la empresa prestadora de servicios públicos y el usuario, en el que se estipulan las formas en que se presta el servicio, a cambio de un precio en dinero, y por supuesto, en el que se establecen las condiciones para la prestación del servicio.

De acuerdo con la sentencia C-263 de 1996, antes que prestar el servicio público domiciliario de que se trate, y por ende, antes de reglamentar la prestación del mismo, debe existir una relación jurídica, entre la compañía y

el usuario, a fin de que previamente exista una legalidad a la cual las partes se deberán sujetar; legalidad que deberá prever las eventualidades que puedan generarse en la prestación.

De esta forma, expresa la precitada sentencia:

"En la ley 142 de 1994 las relaciones jurídicas entre los usuarios y las empresas prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, tienen fundamentalmente una base contractual. El contrato 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."

Por su parte, la sentencia T-540 de 1992 afirma:

"La naturaleza jurídica de las relaciones entre los usuarios de servicios públicos y las empresas encargadas de su prestación no es un tema pacífico en la doctrina. Por un lado, la tesis privatista, anteriormente vinculada a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión de la administración, hoy en auge en razón del movimiento que favorece la privatización de empresas de servicios públicos, postula la aplicación del derecho privado a muchas prestaciones administrativas, en especial las desempeñadas por concesionarios. La

tesis de la naturaleza jurídico-pública, de otra parte, sostenida por la doctrina alemana, señala que invariablemente la actividad inherente a todos los servicios públicos no es contractual, sino reglamentaria. Se busca enfatizar la prevalencia de la seguridad jurídica sobre las ventajas individuales de la contratación privada en atención a que la prestación de servicios es una actividad dirigida a la realización del interés público. Ninguna posición unilateral, sin embargo, ha logrado responder cabalmente a las características de los diversos servicios públicos".

"La relación jurídica entre el usuario y las empresas de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley".

(...)

"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"

Ya en nuestro rango de estudio, debemos observar individualmente el Contrato de Condiciones Uniformes fijado por la ESSA S.A. E.S.P., actualmente vigente.

2.2 Identificación Jurídica del Contrato de Condiciones Uniformes de prestación del servicio publico domiciliario de energía eléctrica establecido por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Este acuerdo contractual es de los llamados de Adhesión, Consensual, Sinalagmático, Oneroso, Principal, Nominado, de Tracto sucesivo, Público y de Suministro, en virtud del cual un Prestador de Servicios Públicos presta el servicio público Domiciliario (en nuestro de caso de energía eléctrica) a un CLIENTE a cambio de un precio en dinero.

Este contrato, con arreglo a lo dispuesto por su cláusula 1, tiene por objeto definir las condiciones uniformes mediante las cuales la Electrificadora de Santander (COMPAÑÍA) presta el servicio de energía eléctrica, a cambio de un precio en dinero, a los suscriptores y/o usuarios (clientes).

Decimos del contrato de condiciones uniformes que es de adhesión, ya que existe desde el momento en que la compañía define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio, y el propietario o quien utiliza un inmueble determinado, recibe el servicio, es decir, el usuario se adhiere a lo que estipula el contrato sin que pueda mediar un acuerdo sobre las cláusulas que indiquen las pautas de la prestación del servicio (cláusula 3 del CCU).

Consensual, toda vez que se perfecciona con el mero consentimiento del usuario que se entiende prestado cuando recibe el servicio de energía eléctrica.

El contrato de condiciones uniformes resulta sinalagmático por cuanto establece una relación jurídica de derechos y obligaciones para las partes, aun cuando se trate de condiciones uniformes, en otras palabras, fijadas por el mismo prestador del servicio.

Es oneroso, en el sentido de que implica gastos o cuestiones gravosas para ambas partes, existiendo por supuesto beneficios para ellas (prestación y contraprestación).

Este contrato es principal, pues su nacimiento a la vida jurídica no se supedita a la de otro u otros contratos.

Es nominado, porque la Ley de servicios públicos determina las pautas de su existencia, es decir, la ley lo contempla.

El contrato de condiciones uniformes, a pesar de que *"entra en ejecución una vez el usuario se beneficie del servicio"* (cláusula 4), no por esto es de ejecución instantánea, pues dentro de su ejecución existen una serie escalonada de obligaciones, y por lo tanto, es un contrato de tracto sucesivo.

En razón a que una de la partes del contrato es una entidad con funciones públicas (independientemente que sea de carácter privado), como lo es la empresa prestadora del servicio publico, se dice que el contrato de condiciones uniformes es público. No obstante, como hemos visto en la jurisprudencia constitucional, la prestación del servicio tiene un carácter anfibológico, pues decimos que es público en la medida de que el Estado orienta las formas en que debe prestarse el servicio, que de ende tiene una función social; pero es de tipo contractualista-privado porque se trata de un contrato con sujeción a las reglas que pautan las relaciones privadas.

Por ultimo, decimos que es de suministro pues el bien objeto de la obligación es la energía eléctrica, la cual se suministra a través de las red eléctrica física que la misma compañía se encarga de mantener, y cuyo destino final es el usuario.

Tenemos entonces que el contrato de condiciones uniformes de servicio público domiciliario de energía eléctrica establecido por la ESSA S.A. E.S.P. es aquel en virtud del cual la empresa presta el servicio de suministro de energía eléctrica a un usuario a cambio de dinero, de acuerdo a las estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino que se entienden en él incorporadas todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio, además de lo normado en las leyes 142 y 143 de 1994, la ley 689 de 2001 (reformatoria de algunos artículos de la ley 142), los decretos reglamentarios, las normas de construcción empleadas por la compañía, el Código Eléctrico Nacional (Norma NTC-2050), y las normas del Código Civil y del Código de Comercio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

3. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Como hemos mencionado, es la ley 142 de 1994 la que de forma implícita faculta a las empresas de servicios públicos para imponer sanciones, y que esta facultad se desarrolla en los contratos de condiciones uniformes; sin embargo, la imposición de sanciones conlleva a la

remisión de ciertas formalidades que permitan desenvolver, a través de un tráfico jurídico, la actuación administrativa de tales entidades.

Por tal razón, el mandato del artículo 54 de la resolución 108 de la CREG expresa que el contrato de condiciones deberá establecer en forma clara y concreta, entre otras cosas, *el procedimiento para demostrar dichas conductas y para imponer la sanción a que haya lugar*, claro, con la observancia de la preservación del derecho a la defensa por parte del usuario.

La cláusula 34 del Contrato de Condiciones Uniformes para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. dispone el "*Procedimiento de detección y control de pérdidas y/o para imponer sanciones pecuniarias*".

Podemos identificar dentro de este procedimiento una serie de etapas, que serán explicadas puntualmente.

3.1 Etapa preliminar

La actuación inicia con la inspección técnica a las conexiones eléctricas y/o a los equipos de medida de los usuarios, entendiéndose entonces que la custodia y guardianía del usuario sobre las conexiones le corresponde desde la acometida hasta las instalaciones internas del predio.

Aclarando términos, la acometida es *la derivación de la red local del servicio de energía eléctrica que llega hasta el registro de corte del inmueble*, es decir, la conexión que alimenta de energía al predio.

Esta inspección técnica no se informa previamente al usuario, y de hecho, es obligación del usuario permitir que se realice, facilitando el acceso de los funcionarios para que éstos puedan revisar el estado de las conexiones, la carga instalada en el predio, el estado y condiciones técnicas del medidor, etc., y si existen o no anomalías.

Todo esto debe quedar contenido en el Acta de Inspección, que es un documento con consecutivo expedido a nombre de la empresa (y eventualmente señalando a la contratista que hace la revisión), donde se plasma, aparte de lo antes señalado, la fecha y hora de la inspección, la dirección donde se ubica el inmueble, el nombre del suscriptor, el número de cuenta o número interno del servicio, el código CIUU, el código de la ruta, el estrato, la actividad contratada y la actividad desarrollada (estas dos no siempre van a coincidir), la carga contratada, el diagrama de conexiones, y el censo de carga.

Igualmente en el acta de inspección debe anotarse quiénes realizaron la inspección, quién atendió la revisión (es decir, el usuario), y los testigos, si los hubieren.

Se puede afirmar sin duda alguna que el acta de inspección taxonómicamente reconstruye las etapas de la revisión, pues parte de su hora de inicio, pasando por los eventos y detalles de la revisión, hasta la hora de su terminación, concluyendo con las observaciones generales de la revisión.

Es requisito *sine qua non* que la inspección técnica deba iniciarse con la delación que hace la Compañía del derecho que tiene el usuario de asistirse de técnico o ingeniero electricista; sin embargo, el ejercicio de este derecho de asistencia es facultativo y opcional, y por lo tanto, el usuario puede dar su noción de emplear esta facultad, y en tal caso, la inspección podrá iniciarse.

Es entonces deber de la compañía dar la advertencia al usuario de este derecho; en caso contrario el acta, si se llegara a incorporar en el proceso como prueba de los hallazgos encontrados en la inspección, será nula.

Si el usuario opta por asistirse, los funcionarios deberán dar (solamente) 15 minutos de plazo máximo para que se haga presente el técnico o ingeniero electricista. Si éste, transcurrido el lapso señalado no acude al lugar, se dará inicio a la inspección.

En todo caso, debe dejarse constancia en el acta de inspección tanto del derecho de asistencia técnica, como de la no comparecencia del asistente, y como de la noliencia del usuario en ejercer este derecho.

Tenemos entonces que entre los objetivos de la inspección están: revisar las acometidas, revisar los medidores, anotar (si existen) anomalías, y realizar el aforo o censo de carga, es decir, determinar la carga instalada.

La carga instalada es *"la sumatoria de las capacidades nominales de los equipos, artefactos, e instalaciones, conectados o susceptibles de conexión, encontrados en un inmueble al momento de la visita"*.

Este aforo de carga se mide en watts, es decir, la potencia o consumo de energía que requiere cada uno de los artefactos instalados en el inmueble para realizar un trabajo determinado.

La potencia resulta de la multiplicación de la corriente (que se mide en amperios) por la tensión (que se mide en voltios); es aconsejable que los funcionarios que realicen la inspección midan la potencia de los aparatos por pinza voltiamperimétrica, aunque generalmente en la práctica esta medida se hace por la tabla de consumo de equipos fijada por la ESSA.

Cuando se detecten anomalías, deben anotarse en el acta de inspección, y es indispensable que se fotografíen, para efectos de su verificación, indicando adecuadamente la fecha en que se tomaron las fotografías.

La cláusula 34.1 del Contrato dispone que:

"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 tales casos, 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".

Es importante señalar que las anomalías descritas en el acta se hacen bajo la gravedad de juramento, y ante esto el usuario debe dejar constancia, rubricando este documento. Sin embargo, si el usuario no firma, se dejará constancia de ello en el acta.

Muchas veces, al revisar el estado de los medidores, se pueden encontrar alteraciones o se pueden evidenciar manipulaciones a los sellos de la coraza principal, o se puede determinar que durante las pruebas en terreno el medidor arrojó un margen de error no permitido; en estos casos es necesario retirar el medidor para enviarlo a un laboratorio metrológico aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

El laboratorio debe pronunciarse por medio de experticio técnico, especificando los patrones de trazabilidad, el patrón de medida, las pruebas de precisión realizadas al medidor, y las observaciones directas de las conexiones internas del equipo, o sea, determinar si existen alteraciones en su funcionamiento.

Dependiendo del resultado de estas pruebas, el medidor puede salir aceptado si los márgenes de error pudieron ser ajustados o si las causas que impedían la medición del consumo eran reparables, o rechazado cuando no se logran ninguna de las anteriores posibilidades.

3.2 Etapa investigativa

3.2.1 Formulación de los cargos

Cuando la empresa haya analizado minuciosamente el material probatorio recaudado en la inspección, y tenga las suficientes pruebas, podrá imputar las anomalías a los usuarios, suscriptores, propietarios, cesionarios o responsables del inmueble al que se le presta el servicio de energía.

En esta etapa, la empresa mediante mecanismo idóneo, deberá comunicar al usuario las irregularidades encontradas en el predio, imputarle los cargos establecidos en el contrato de condiciones uniformes (es decir, los consagrados en la cláusula 21.3), informarle las consecuencias jurídicas que pueden generarse en caso de que la conducta resulte ser un fraude, e indicarle que tiene un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibido de esa comunicación, para acercarse a la dependencia de la compañía destinada o al funcionario competente, a fin de que se le explique mejor las circunstancias de investigación, y se proceda de esta forma a su vinculación.

Cabe indicar que esta comunicación de irregularidades debe ser escrita, y debe dejarse constancia de la firma del usuario, su nombre legible, la fecha de expedición de la comunicación, la fecha del recibo, la firma de quien lo emite y de quien lo entrega.

3.2.2 Vinculación

Una vez recibida la comunicación de anomalías y la formulación de los cargos, el usuario cuenta con cinco (5) días hábiles para acudir ante el funcionario competente, con el objetivo de enterarse concretamente el motivo del impulso oficioso de la investigación.

Una vez el usuario haga presencia en el lugar indicado, deberá explicársele claramente la razón de la investigación, enseñarle las pruebas, es decir, exponerle las anomalías encontradas al momento de la inspección, e indicarle la cláusula aplicable a la circunstancia investigada.

Lo anterior se formalizará mediante la notificación personal, es decir, un documento donde se deja constancia de la fecha, hora y lugar en que el usuario hizo presencia, que se enteró de la(s) anomalía(s) encontradas en el inmueble el día de inspección, y a lo que eventualmente puede(n) ascender pecuniariamente, aplicando la(s) ecuación(es) de la(s) cláusula(s) respectiva(s).

Igualmente, se le dejará constancia de su derecho a la defensa, esto es, a la opción de presentar sus descargos y de allegar y/o solicitar las pruebas que considere pertinentes, conducentes y/o útiles, dentro de los 5 días hábiles a partir de la notificación.

También se le dejará constancia de las fórmulas de transacción que ofrece la compañía en caso de que se desista seguir con la vía jurídica, y se le entregará un detallado del valor eventualmente sancionable.

Si el usuario no se hace presente dentro de los 5 días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación de anomalías, se le notificará por edicto, que será fijado en un lugar visible de la compañía por 10 días.

3.2.3 Descargos

Como se ha indicado, el usuario tiene la opción de hacer valer su derecho a la defensa a través de la figura de los descargos, los cuales pueden ser presentados dentro de los 5 días hábiles contados a partir de la notificación.

Si el usuario presenta derecho de petición, éste deberá ser resuelto dentro de los 15 días hábiles contados a partir de su radicación, y en caso de que no se conteste, operará el silencio administrativo positivo.

En este último caso, se aplica lo señalado por la cláusula 2 del contrato de condiciones uniformes que señala:

"De acuerdo con el artículo 158 de la ley 142 de 1994, es la presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido más de quince (15) días hábiles contados a partir del recibo de la reclamación, sin que la COMPAÑÍA hubiere respondido una petición o recurso relacionado con la ejecución del contrato de condiciones uniformes, se entiende concedido lo pretendido a favor del CLIENTE, salvo que sea contrario a la Ley".

Empero, en el escrito de notificación, la compañía advierte al usuario que el derecho de petición no debe ser presentado como descargos, argumentando que no es éste el mecanismo idóneo para hacer uso a la defensa.

No obstante, en caso de que se presente petición, deberá contestarse y ser tenida como descargos.

Es importante anotar que a pesar de que los descargos se pueden presentar tanto verbales como por escrito a cuenta y gracia de la informalidad del procedimiento, la compañía en la práctica acostumbra a dar trámite solamente a los descargos por escrito, para dejar constancia idónea de lo aducido por el usuario.

En caso de que se presenten descargos después del período hábil para este fin, se tendrán como extemporáneos y por lo tanto como si no hubiesen sido presentados, pero se

debe dejar constancia de esta extemporaneidad en la foliatura del proceso.

3.3 Etapa probatoria

Una vez el usuario ha presentado descargos, o se ha vencido el término para su presentación, o se desfija el edicto, la compañía procede a estudiar las pruebas acopiadas durante la investigación.

Este caudal probatorio debe incluir entonces las pruebas aportadas por la compañía, y aquellas pruebas presentadas por el usuario que puedan llegar a considerarse pertinentes, consecuentes y contundentes.

Es a través de un acto administrativo en el que la compañía deberá calificar el *thema probandum* con arreglo a los principios orientadores del régimen probatorio; este acto administrativo es el Acto de Motivación de Pruebas, por el cual se determinan las pruebas en que la compañía puede sentar la posición jurídica definitiva.

Según la cláusula 34.4 del Contrato, con sujeción a lo dispuesto por la circular 011 de 2004 de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, la compañía tendrá en cuenta para decidir de fondo las siguientes probanzas:

- Acta de inspección de instalaciones y equipos de medida efectuados por personal autorizado por la

Compañía, en donde se verifique la existencia de anomalías en las acometidas, elementos de seguridad o en el medidor.

- En caso de haberse retirado el medidor, experticio técnico practicado en laboratorio calificado, que permita identificar o detectar alteraciones internas, rastros o muestras de manipulación del medidor, o en los elementos de seguridad (sellos) y en general cualquier hecho que impida o haya impedido el normal registro del consumo.
- Fotografías, videos y demás medios que comprueben el uso no autorizado o fraudulento del servicio de energía eléctrica.
- Censo o aforo de carga, realizado por la Compañía o sus contratistas.
- Historial de consumos del usuario.

Una vez emitido el Acto de Motivación de Pruebas, debe enviarse citación al usuario para que éste haga presencia en el lugar señalado, a fin de que se notifique personalmente dentro de los 5 días hábiles a su recibo.

En caso de que no comparezca en este período, se notificará por edicto, fijándose por 10 días hábiles en lugares visibles de la empresa.

3.4 Etapa definitiva

Una vez queda en firme el Acto Motivado de Pruebas, la compañía procede a determinar si la circunstancia investigada, a partir de las pruebas integradas al proceso y de los alegatos o descargos impetrados por el usuario, da mérito para imponer una sanción pecuniaria. En este caso, se profiere Resolución Sancionatoria.

En caso de que no sea procedente la sanción, se archivará el proceso, mediante Resolución de Archivo.

La resolución deberá estar compuesta de la reconstrucción de los hechos hallados en la etapa preliminar; la forma de vinculación del usuario; una sinopsis de los descargos invocados por éste y el análisis de los fundamentos de derecho, las pruebas y solicitudes aportadas; un análisis de las pruebas incorporadas, decretadas y/o negadas en el Acto de Motivación de Pruebas; y las consideraciones que la compañía delibera para definir el proceso.

Una vez es proferida esta resolución se comunica al usuario, para que en los cinco días hábiles se haga presente y reciba una copia de tal acto administrativo. En caso de que no comparezca se fijará por edicto, similarmente a los demás casos.

3.5 Vía Gubernativa

Dentro de este proceso existe la vía gubernativa para garantizar el principio de impugnación contra los actos proferidos.

Los recursos que proceden contra los actos administrativos son:

- a) Reposición: es procedente contra el Acto Motivado de Pruebas y contra la Resolución Sancionatoria.
- b) Apelación: es subsidiariamente procedente contra la Resolución Sancionatoria; en este caso la segunda instancia es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- c) Queja: procede cuando se rechaza el recurso de apelación, y podrá imponerse ante la compañía o directamente en la Superintendencia.

Los recursos podrán presentarse dentro de los 5 días hábiles a partir de la notificación de los actos administrativos contra los que proceden. Estos recursos, indefectiblemente, serán concedidos en el efecto suspensivo.

Respecto del contenido del recurso de reposición, estarán sujetos a lo dispuesto por el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, que estipula:

"Contenido de la decisión. Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Ésta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso. La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes".

El recurso de reposición deberá ser resuelto dentro de los 15 días hábiles a su interposición, pues en caso omiso, operará el fenómeno jurídico del Silencio Administrativo Positivo, como hemos visto.

Este Silencio Administrativo Positivo procederá en los recursos de apelación cuando en los 15 días hábiles a partir de su interposición, la empresa no da traslado del expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos.

En lo atinente al recurso de apelación, la Superintendencia ²⁰ ha expresado que las empresas de servicios públicos domiciliarios deben remitir el expediente para dar trámite al recurso de apelación dentro de los tres días siguientes a la fecha en la cual se notifique la decisión del recurso de reposición; y que el expediente remitido contenga la documentación integral del proceso.

En el recurso de apelación se pueden solicitar las pruebas denegadas en los respectivos actos

²⁰ Circular 003 de 2004

administrativos, tal como lo señalan los artículos 56 y 57 del Código Contencioso Administrativo.

3.6 Duración del proceso

Según la cláusula 34.4 del contrato de condiciones uniformes, la actuación tendrá una duración máxima de seis (6) meses, prorrogables hasta por seis (6) meses más, contados a partir del recibo por el cliente de la comunicación de anomalías.

4. EL FRAUDE EN EL SERVICIO DE ENERGÍA

Se entiende como fraude toda manipulación o intervención no autorizada por la empresa de servicios públicos, a las instalaciones eléctricas o al medidor, con el fin de evitar que se registre el verdadero consumo de energía eléctrica.

Efectivamente, el artículo 141 de la ley 142 de 1994, expresa lo siguiente, respecto del incumplimiento, terminación y corte del servicio:

"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 obligación del servicio mediante acometida fraudulenta constituirá para todos los efectos, un hurto."

Podemos decir que el fraude del servicio de energía tiene dos naturalezas, una administrativa y otra penal.

Administrativa en el sentido de que las empresas prestadoras de servicios públicos (de energía en nuestro caso) están facultadas para imponer sanciones pecuniarias cuando detecten irregularidades que contravengan las condiciones uniformes del contrato.

Su naturaleza penal se basa en que esta conducta se encuentra claramente tipificada dentro de nuestro ordenamiento legal penal, es decir, que existe un bien jurídico tutelable mediante disposiciones que si bien se aplican *ultima ratio*, conllevan una pena previamente contemplada en la ley.

En tal modo, el artículo 256 de la ley 599 de 2000, consagra:

"Defraudación de fluidos. 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 uno (1) a cuatro (4) años y en multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

Es importante señalar que cuando el artículo 141 de la ley 142 mencionó lo referente a las acciones fraudulentas, no hizo especificidad del término, sino que englobó una noción sin ceñirla a un comportamiento determinado.

Por lo tanto, corresponde a las empresas de servicios públicos determinar en cada caso, qué se puede establecer realmente como un fraude a las conexiones.

En nuestro caso, la ESSA S.A. E.S.P., a través de su contrato de condiciones uniformes, estableció dos conductas consideradas como fraudes al servicio de energía eléctrica.

La primera de ellas es la Acometida no Autorizada, Clandestina o Fraudulenta, tipificada en la cláusula 21.3.15, que consiste en la derivación de la red del servicio sin autorización de la Compañía.

La segunda es la Anomalía o Irregularidad en las Conexiones y/o Equipos de Medida, consagrada en la cláusula 21.3.17, que es cuando se encuentra alteración o intervención en las instalaciones eléctricas o en el medidor que impide su correcto funcionamiento y por ende, evitándose que se registre total o parcialmente la energía consumida.

Solamente entonces en estos dos casos, la compañía puede imponer sanciones aplicando sus condiciones uniformes, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

CAPITULO IV

ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DEL PROCEDIMIENTO PARA DETECCIÓN DE ANOMALÍAS Y/O PARA IMPONER SANCIONES EJECUTADO POR LA ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P.

1. DERECHOS DE LOS USUARIOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LA ESSA S.A. E.S.P.

Hemos explicado en el anterior capítulo la procesabilidad dentro del trámite administrativo, en sede de la Empresa, para imponer sanciones cuando se detectan anomalías transgresoras, esto es, las etapas que se surten con base en las condiciones uniformes, para atribuir una responsabilidad por determinada circunstancia de hecho, a los usuarios, suscriptores, propietarios, cesionarios, etc., en últimas, a los receptores finales del servicio de energía eléctrica.

De contera, hemos de señalar necesariamente la existencia de la responsabilidad solidaria estatuida en el artículo 130 de la ley 142 de 1994, que establece:

"Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, el suscriptor y/o usuario. El propietario o poseedor del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos."

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público.

El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los "deberes especiales de los usuarios del sector oficial".

Parágrafo. *Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma".*

Generalmente se ha entendido la solidaridad como el concepto por el cual la empresa está facultada, para exigir obligaciones objetivamente adquiridas por los usuarios; para entender esto mejor, hemos de decir que el proceso administrativo sancionatorio ejecutado por la ESSA S.A E.S.P., no tiene por finalidad determinar la conducta atribuible a un sujeto activo previamente tipificada en una norma, sino llegar a la certeza de la existencia de una situación fáctica considerada violatoria de la normatividad de la prestación del servicio.

En otras palabras, es imperativo categórico en esta adjetividad *únicamente* demostrar la configuración de un supuesto de hecho, sin importar el grado de participación que tuvo el usuario en su comisión, como quiera que aplicando la interpretación extensiva de la empresa sobre la responsabilidad solidaria, sería responsable el usuario simple y llanamente por el hallazgo anómalo, pues la solidaridad abstrae todos los grados de participación existentes, aún sin existir intención o voluntad de los llamados a responder, por las circunstancias anómalas y sancionables establecidas en el contrato de condiciones uniformes.

La empresa ELECTRICARIBE S.A, análoga de la prestadora Santandereana de energía eléctrica, ESSA S.A, se pronunció de la siguiente forma en la sentencia T-270 de 2004 de la Corte Constitucional al preguntársele sobre este capital punto:

"Conviene precisar con carácter previo que de acuerdo con el artículo 130 de la Ley 142 de 1.994, modificado por la Ley 689 del 2.001, son partes dentro del Contrato de Prestación de Servicios Públicos Domiciliarios: (i) La empresa de servicios públicos y (ii), el suscriptor y/o usuario.

Tal como quedó dicho en precedencia, "USUARIO es la Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio, tenemos que las revisiones son atendidas siempre por un receptor directo del servicio que habita el inmueble, quienes de acuerdo con la norma en cuestión ostentan el carácter de USUARIO.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 135 de La citada Ley 142 de 1994, que regula lo relativo a la propiedad de las conexiones domiciliarias:

"La propiedad de las redes, equipos y elementos que integran la acometida externa, será de quien hubiere pagado por ellas, si no fueren inmuebles por adhesión. Pero ello no exime al suscriptor o usuario de las obligaciones resultantes del contrato que se refieran a estos bienes.

A su turno en el Capítulo IV de La Ley 142 de 1994, que regula lo relativo a los instrumentos de medidas, señala en el artículo 145 los controles sobre el funcionamiento de los medidores, e impone a las partes del contrato, adoptar las precauciones eficaces para que no se altere, obligación con la que cumple la empresa mediante la revisión periódica de los aparatos de medida y el control sobre los sellos de los mismos.

De manera consecuente en la cláusula XIX del Contrato de Condiciones Uniformes que regula la RESPONSABILIDAD SOBRE LAS INSTALACIONES INTERNAS, se señala lo siguiente:

"La construcción y el mantenimiento de las acometidas instalaciones internas son de exclusiva responsabilidad del CLIENTE...

PARAGRAFO PRIMERO: EL CLIENTE debe Informar de inmediato a ELECTROCOSTA sobre cualquier irregularidad, anomalía o cambio que se presente en las instalaciones internas o..."

Así las cosas, la condición misma de usuario o suscriptor, y propietario de los equipos de medidas, le imponen ciertas responsabilidades y cargas que lo obligan a responder ante el incumplimiento de las obligaciones que impone la ley y del mismo contrato de condiciones uniformes. Así las cosas, la empresa en los eventos de irregularidades detectadas con arreglo a los

procedimientos establecidos en el contrato de Condiciones Uniformes, determina su EXISTENCIA de acuerdo con las causales y procedimientos previstas en el contrato, pero no emite un juicio de responsabilidad contra el usuario como responsable de la conducta incumplida o anómala, la empresa lo que determina de acuerdo con las facultades que le confiere la ley y el contrato es la existencia o no de un incumplimiento e impone una sanción en su contra en su condición de suscriptor o usuario y/o propietario de los elementos de medida o conexión y por el beneficio que ha recibido de dicha conducta."

Por supuesto, este sentamiento ha suscitado bastante controversia en la Jurisprudencia y dentro de esta disertación, ya que el abanderar una responsabilidad solidaria sobre una irregularidad donde no tiene injerencia el grado de participación de las personas, sino su simple vinculación por su condición de receptor del servicio de energía eléctrica, es bastante discutible, máxime cuando dentro de los principios orientadores de la actividad procesal se encuentra el de llegar a una verdad real y material.

Es necesario aclarar que dentro de la orbita constitucional que erige al Estado Social y Democrático de Derecho, existen una serie de derechos fundamentales aplicables a todos los eventos previstos, bien sean de carácter legal, administrativo, jurisdiccional, político, económico, social, etc.

No es la excepción que dentro de este proceso sancionatorio estos derechos irrumpen para proteger a

quienes son destinatarios de la aplicación impositiva del procedimiento.

Existen pues una serie de garantías efectivas que deben ser tenidas en cuenta, para que el desenvolvimiento de este proceso sea acorde a la constitución y la ley; derechos en cabeza de los usuarios, suscriptores o clientes de las empresas que prestan dichos servicios, los cuales correlativamente constituyen límites a la actuación de esas autoridades.

De manera general podemos enumerarlos, extrayéndolos de nuestra Carta Magna:

1. Derecho a ser tratado dignamente por ésta (Art. 1º de la C.N.), en la medida en que los usuarios de los servicios públicos son personas, no un recurso del cual se puede periódicamente extraer una suma de dinero.

2. Derecho al debido proceso (Art. 29 C.N)

3. Derecho a no ser discriminado por la empresa de servicios públicos domiciliarios (Art. 13 C.N),

4. Derecho a ser clara y oportunamente informado de sus obligaciones y de las consecuencias de incumplirlas (Art. 15 C.N.),

5. Derecho a que sus recursos sean resueltos antes de que se corte el servicio (Art. 23 y 29 C.N.),

6. Derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes (Art. 83 C.N.)

En concreto, encontramos dentro de la ley 142 de 1994, los siguientes derechos:

1. Derecho a la libre elección del prestador del servicio
2. Derecho a la medición de sus consumos reales
3. Derecho a solicitar información.
4. Derecho de reclamar contra el estrato asignado
5. Derecho a conocer las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos
6. Derecho a ser protegido contra el abuso de posición dominante de las empresas de servicios públicos
7. Derecho a la prestación continua de un servicio de buena calidad y a recibir una reparación en caso de una falla del mismo
8. Derecho a una información clara en las facturas

9. Derecho de defensa del usuario en sede de la empresa y dentro de este el de poder presentar peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos.

En conclusión, existe un universo de derechos consagrados no sólo en las normas legales y reglamentarias, sino en la misma Constitución que como sabemos, tiene supremacía dentro del ordenamiento jurídico, pues es norma de normas.

2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Dentro de la compleja gama de derechos que tienen los usuarios frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios y, obviamente, frente a los procesos que las mismas adelantan para imponer sanciones pecuniarias con base en sus disposiciones uniformes, quizás el más relevante, ya en el ámbito del trámite administrativo a surtir, es el derecho al debido proceso, constitucionalmente consagrado en el artículo 29, así:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

En palabras del Ministerio público²¹, el debido proceso es el que en todo sentido se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción *contra legem* o *praeter legem*, pues al igual de las demás potestades, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico.

El debido proceso reconocido en el artículo 29 de la Constitución Nacional comprende básicamente:

- El derecho a la jurisdicción o derecho a la administración de justicia.
- El derecho al juez natural.
- El derecho a la defensa judicial.
- El derecho a un proceso público y desarrollado dentro de un tiempo razonable.
- El derecho a la independencia del juez.
- El derecho a la imparcialidad del juez.

²¹ Concepto 3780 del 15 de Marzo de 2005

La Constitución impone los principios del debido proceso no sólo a las actuaciones de la rama judicial, sino a todas las realizadas por las autoridades para el cumplimiento de los cometidos estatales, la prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Por ende, este mandato no puede bajo ningún motivo, ser soslayado de plano por las autoridades administrativas que en nuestro caso específico pueden ser tanto de carácter público como de carácter privado; la trascendencia de este derecho fundamental radica en que el mismo es un pilar sobre el que se sostiene toda la administración de justicia, ora ejercida por la jurisdicción ordinaria, ora ejercida por la jurisdicción contencioso administrativa, ora se trate de la jurisdicción coactiva de la que se revisten las entidades administrativas que por ley pueden ejercerla.

Sabiéndose que la función administrativa contempla la participación de entidades de carácter privado para el ejercicio de las atribuciones propias de una entidad pública en determinado ámbito, no se debe pensar que por el hecho de que las empresas ostenten esta calidad, se deba descuidar la aplicación del deber de mantener indemne esta atribución fundamental de las personas.

En otras palabras, el debido proceso en los asuntos administrativos implica que la función pública aplicada por entidades estatales o por personas del derecho privado, se sujeten a las reglas definidas en el

ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

De otro lado, las actuaciones administrativas que imponen sanciones, lógicamente están sujetas a este presupuesto, como quiera que obra como limitante de las facultades represoras del Estado y, extensivamente, de la posición dominante que ejercen las entidades que encabezan el impulso de esas actuaciones.

En sentencia T-145 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente forma sobre las sanciones impuestas por las entidades prestadoras de servicios públicos:

"La imposición de sanciones o medidas correccionales debe sujetarse a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción, en especial al principio constitucional de la presunción de inocencia. Si la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia podrían respaldar la imposición de sanciones de plano en defensa del interés general, la prevalencia de los derechos fundamentales y la especificidad del principio de presunción de inocencia aplicable al ámbito de las actuaciones administrativas, hacen indispensable que la sanción sólo pueda imponerse luego de conceder al interesado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano

con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso."

En lo atinente a la prestación de los servicios públicos, en especial el de energía eléctrica, la relación entre la empresa y el usuario se rige con arreglo a las garantías que se despliegan del principio rector consagrado en la Carta Política en el artículo 29. Estas garantías concretamente conllevan la observancia de las siguientes pautas:

- Que la actuación administrativa se surta sin dilaciones injustificadas.
- Que no sea la empresa de servicios públicos la que cree, en cada caso particular, el procedimiento a seguir.
- Que quien surta la actuación esté debidamente facultado para ello.
- Que en su desarrollo se observe por parte de la empresa la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico.
- Que se ejecuten las actuaciones administrativas sin transgredir el principio de presunción de inocencia.

- Que el usuario tenga la facultad de impugnar las decisiones que contra él se profieran y controvertir las pruebas.
- Que se respete el principio de contradicción y por ende el principio de igualdad.

Las anteriores garantías se hacen efectivas con la real aplicación del principio de *audi alteram partem* y del derecho a la defensa, lo que implica que deontológicamente las actuaciones administrativas están encaminadas a la culminación de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

3. LEGALIDAD DEL PROCESO SANCIONATORIO EJECUTADO POR LA ESSA S.A E.S.P.

Hemos dedicado un capítulo entero para la comprensión de la Jurisdicción Coactiva y la Autotutela Ejecutiva; también hemos sentado que las facultades inherentes, en cabeza de las entidades revestidas de esta jurisdicción, nacen por mandato expreso de la ley, es decir, existe una reserva legal donde sólo a través de ella puede conferirse Jurisdicción y Competencia para ejercerla.

Igualmente, hemos dicho que las obligaciones de los administrados a favor de la Administración, ejecutables a

través de esta Jurisdicción deben estar signadas por ley, bien sea que consten en títulos ejecutivos fiscales, actos administrativos, sentencias ejecutoriadas, contratos y en general, las enumeradas en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Pues bien, comúnmente se cree que por el rol preponderante que juegan las empresas de servicios públicos, éstas también deberían estar dotadas de competencia para "*imponer sanciones*" y hacerlas efectivas a través de resoluciones ejecutables por Jurisdicción Coactiva, en la medida de que el artículo 54 de la Resolución 108 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) facultó a estas empresas para emitir resoluciones sancionatorias, mediante los procedimientos fijados por ellas en sus Contratos de Condiciones Uniformes.

Sin embargo, es bastante discutible la anterior afirmación puesto que no es muy diáfano el hecho de que sea una Resolución - emanada de una comisión reguladora - y no una ley expedida por el Congreso de la República la que unja a las entidades prestadoras del servicio de energía eléctrica de la facultad sancionatoria, y que por esta unción puedan ellas fijar sus propios procedimientos sin la existencia de un código que rija la materia.

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, según lo contemplado en el artículo 140 de la ley 142 de 1994, pueden suspender el servicio por

incumplimiento atribuible al usuario, pero además en su inciso final deja abierta la posibilidad para que por remisión a otras leyes y al contrato de condiciones uniformes de cada empresa, puedan ejercer "los demás derechos", sin perjuicio de las causales de incumplimiento.

Por su parte el artículo 142 de la precitada ley, preceptúa que para restablecer la prestación del servicio cuando éste se ha suspendido por causas imputables al usuario, este último debe eliminar su causa, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra, *"y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato."*

En el caso de la ESSA S.A E.S.P, el contrato de condiciones uniformes actualmente vigente consagra las causales de la suspensión de la prestación en la cláusula 21.1, la sanción de corte del servicio en la cláusula 21.2 y las sanciones pecuniarias, que se cobran sin perjuicio de lo anterior en la cláusula 21.3

Las cláusulas 21.1 y 21.3 del contrato de condiciones uniformes de la ESSA S.A E.S.P, desarrollan los artículos 140 y 142 de la ley de servicios públicos domiciliarios:

La cláusula 21.1 establece las causales de suspensión del servicio cuando:

- El cliente no pague oportunamente la(s) factura(s) o cuenta(s) de cobro expedida(s) por la compañía.
- Se encuentre retirado, manipulado, adulterado el equipo de medida; se encuentre retirados, rotos, imitados, adulterados y/o sustituidos los sellos instalados en los equipos de medición, protección, control, gabinete; se encuentre una acometida adicional clandestina en el inmueble; o se incumpla con el pago oportuno de las sanciones pecuniarias impuestas por estos motivos, una vez quede en firme la decisión.
- Se altere o varíe unilateralmente y sin consentimiento de la compañía las condiciones de prestación del servicio, o se de al servicio un uso distinto al convenido.
- Se aumente sin autorización la carga o la capacidad contratada.
- El Cliente suministre en forma temporal o permanente, el servicio de electricidad a otro inmueble o cliente distinto de aquel para el cual figura contratado el servicio.
- El cliente pague las facturas con cheques que no sean sufragados por la entidad financiera

- Se impida, obstaculice o entorpezca la utilización, operación o mantenimiento de las redes locales o acometidas que puedan convertirse en tales, sean propiedad de la compañía o del cliente, o se obstaculice la conexión o instalación de los aparatos o equipos exigidos.
- Se revenda el servicio.
- Se impida, entorpezca, u obstaculice la inspección de la acometida, red interna o medidores.
- Se impida, entorpezca u obstaculice tomar lectura del medidor.
- Se impida, entorpezca u obstaculice retirar y/o reemplazar el medidor cuando se requiera.
- No se ejecute dentro del plazo fijado, la adecuación de las redes eléctricas o acometidas o instalaciones.
- Se impida, entorpezca u obstaculice realizar las adecuaciones de la acometida, cuando sea procedente.
- Cuando una vez venza el plazo otorgado por la compañía al cliente para que ubique el aparato de medida en un sitio de fácil acceso al exterior del inmueble y el medidor continúe localizado en un

sitio de difícil acceso que impida o dificulte la lectura del consumo.

- Sin haberse superado las causas que dieron origen a la suspensión, se encuentre reconectado el servicio sin autorización de la compañía, sin perjuicio de las acciones sancionatorias por conexión no autorizada.
- Se encuentren conectados equipos que puedan afectar el funcionamiento del sistema eléctrico local.
- Las demás que la Ley y la Regulación establezcan.

Por su parte, la cláusula 21.3 dispone los casos en que se imponen sanciones pecuniarias:

- Cuando el cliente no pague oportunamente la(s) factura(s)
- Cuando el cliente pague las facturas con cheques que no sean sufragados por la entidad financiera.
- Cuando se encuentre una reconexión no autorizada del servicio
- Cuando se de al servicio un uso distinto al convenido

- Cuando se suministre en forma temporal o permanente, el servicio de electricidad a otro inmueble o cliente distinto de aquel para el cual figura contratado el servicio.
- Cuando existiendo medición, se aumente sin autorización de la compañía la carga instalada por encima de la contratada.
- Cuando se impida, obstaculice o entorpezca la utilización, operación o mantenimiento de las redes locales o acometidas que puedan convertirse en tales
- Cuando se revenda el servicio a otro(s) cliente(s)
- Cuando se impida, entorpezca, u obstaculice la inspección de la acometida y/o medidores, realizar el aforo de carga, o suspender el servicio.
- Cuando se impida, entorpezca u obstaculice tomar lectura del medidor
- Cuando se impida, entorpezca, u obstaculice retirar y/o reemplazar el medidor cuando se requiera.
- Cuando no se ejecute dentro del plazo fijado la adecuación de las redes eléctricas, acometida o instalación.

- Cuando se impida, entorpezca u obstaculice realizar las adecuaciones de la acometida cuando sea procedente.
- Cuando previo requerimiento que se formule, se mantenga(n) conectado(s) equipo(s) que pueda(n) afectar o afecte(n) el funcionamiento del sistema eléctrico local.
- Cuando se encuentre una acometida fraudulenta, clandestina o no autorizada.
- Cuando se encuentre(n) retirado(s) y/o alterado(s) y/o imitado(s) y/o roto(s) o con cualquier manipulación el (los) sello(s) o elemento(s) de seguridad instalado(s) en el (los) medidor(es) y/o instrumentos de protección
- Cuando se detecte el (los) equipo(s) de medida y/o conexión(es) eléctrica(s) alterado(s) y/o intervenido(s) y/o con alguna anomalía que le(s) impida su correcto funcionamiento o medición, y/o se haya evitado que se registre en parte o en su totalidad la energía consumida y/o se alteren y/o modifiquen las conexiones y/o placas de los Transformadores de Corriente y Transformadores de Potencial.

Al observar las similares causales que se han dispuesto en el contrato de condiciones uniformes, amén de la intención de las empresas de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias, se denota en ellas una lograda perfección semántica que sin embargo no le condesciende al contrato el rango de una disposición emanada del máximo cuerpo legislativo del Estado.

Como hemos visto, la capacidad para imponer sanciones se fundamenta en el principio de legalidad, donde necesariamente debe existir una ley que señale sucintamente qué entidades pueden imponerlas, y a través de qué procedimiento se deben hacer efectivas. Al hacer un análisis crítico y exhaustivo de los artículos 140 y 142 de la ley de servicios públicos domiciliarios, se infiere que existe un evidente vacío en la disposición normativa, por cuanto se comisiona a las entidades prestadoras una facultad indelegable como es la de legislar.

La razón de ser de esta afirmación radica en que el último inciso del artículo 140 de la ley 142, autorizó implícitamente a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para que se atribuyeran la potestad sancionatoria.

Pudiera existir una solución a este vacío legislativo, y es precisamente la Resolución 108 de 1997 emanada de la CREG, la cual en su artículo 54 dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán imponer

sanciones y fijar los procedimientos para la verificación de anomalías. Empero nos quedaríamos cortos en el intento de subsanar este vacío mediante esta resolución, ya que la misma tampoco suple la reglamentación legislativa que debería existir.

En sentencia C-1162 de 2000 la Corte Constitucional sostuvo:

"En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para "completar la ley", o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado, el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas. En efecto, "completar" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa "añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan", y ello implica que "regular" ha sido erróneamente asimilado a "legislar", en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga "con sujeción a la ley", no "para completar la ley".

En síntesis, la imposibilidad de relativizar el principio de legalidad hace que el proceso sancionatorio pretendido por todas las empresas de servicios públicos domiciliarios resulte desafortunado conforme a los postulados generales del derecho y por ello, su existencia riñe con la existencia misma del Estado Social de Derecho. Para concluir este tema, nos permitimos transcribir lo señalado por la Corte Constitucional al respecto²²:

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

Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedido disposiciones de carácter reglamentario que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Se trata específicamente de la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión reguladora de Energía y Gas, la cual en su artículo 54 consigna que el contrato de prestaciones uniformes deberá contemplar las conductas del usuario

²² Sentencia T-720 de 2005. Corte Constitucional M.P HUBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias. No obstante se trata de una norma de carácter reglamentario que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia. En todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación este tipo de organismo sólo cuenta con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley.

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

4. LEGITIMIDAD DEL PROCESO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

Concluida la disertación en cuanto a la legalidad de los procesos sancionatorios ejecutados por la ESSA S.A E.S.P y por todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, es menester analizar ahora la validez de estos procesos y su aceptación en el mundo social.

Para evitar explayarnos inútilmente en todos los procesos sancionatorios de todas las entidades administrativas, solamente estudiaremos los procesos ejecutados por la ESSA S.A, con base en el Proyecto de Optimización de Ingresos Energéticos (PROINE).

La implementación del PROINE busca mejorar la calidad del servicio en la medida en que se efectúan cambios de acometida y de medidores de mejor tecnología cuando se considere necesario, mejoramiento de instalaciones eléctricas, estudio de los consumos de los usuarios, detección de pérdidas, y por supuesto, la verificación de anomalías y su normalización.

El PROINE es un plan piloto y por su novedad se empezó a aplicar en la ciudad de Bucaramanga desde el año 2004; una vez se pudo establecer una base de datos donde se podía analizar el historial de consumo de cada usuario, se empezaron a observar desviaciones significativas que no eran justificables, lo cual hizo surgir el indicio de que la energía se estaba perdiendo en operaciones fraudulentas de los usuarios.

Siendo entonces este plan tan ambicioso, su ejecución debía conllevar un surtimiento de etapas para finalmente recuperar en dinero, la energía perdida y dejada de facturar por causas atribuibles a los usuarios.

En lo que respecta al sancionamiento de las diversas anomalías ya se hizo su estudio en el acápite del procedimiento sancionatorio contemplado en el contrato de condiciones de la ESSA S.A E.S.P.

Para ejecutar a cabalidad los objetivos del PROINE, tuvo la ESSA S.A la necesidad de realizar licitación con arreglo a lo dispuesto por las reglas de contratación

estatal consagradas en la ley 80 de 1993, para la participación de distintas empresas del sector privado que tuviesen la experiencia en redes eléctricas y en normalización del servicio, y que tuviese la infraestructura para ejecutar las revisiones a cada uno de los predios receptores del servicio de energía eléctrica, distribuido por la empresa en nuestra ciudad.

Esta licitación fue ganada por la Unión Temporal LIVING S.A - DISICO S.A, y para formalizar su vinculo con la ESSA S.A, suscribieron el contrato GEG-UCP-043-001-03, por medio del cual la Unión Temporal contraía la obligación de inspeccionar a todos los destinatarios del servicio prestado - energía eléctrica -.

Adicionalmente la ESSA S.A E.S.P, delegó a la Unión Temporal el impulso de los procesos sancionatorios que por ocasión de las anomalías encontradas en las inspecciones que la misma Unión Temporal realizaba, se iniciaban. Cabe aclarar que sólo cedió el impulso del proceso en la detección de estas anomalías:

- Acometida no autorizada, clandestina o fraudulenta, tipificada en la cláusula 21.3.15 del C.C.U.
- Rotura, manipulación o cambio de sellos, tipificada en la cláusula 21.3.16 del C.C.U.
- Adulteración a las conexiones y/o a los equipos de medida, consagrada en la cláusula 21.3.17 del C.C.U.

En la práctica ocurre que la Unión Temporal expide y envía la comunicación de irregularidades y formulación de los cargos, atiende a los Usuarios inspeccionados, los notifica del hallazgo de la anomalía, los preliquida con la aplicación de la formula consagrada en las cláusulas del contrato de condiciones uniformes, les recibe sus descargos en caso de que se presenten, contesta tales descargos, resuelve derechos de petición, resuelve recursos de reposición, incorpora, decreta y deniega pruebas, remite los medidores al laboratorio de metrología de la ESSA S.A E.S.P; en fin, siendo la Unión Temporal una entidad de carácter privado, actúa con las atribuciones propias de una empresa de servicios públicos.

Esto indudablemente, genera el desconcierto en la comunidad que se ha visto avocada a enfrentar el procedimiento del que hablamos, pues se parte del presupuesto de que la Unión Temporal no es quien presta el servicio, y por lo tanto, no debería tener intromisión en el impulso procesal concedido. Retrotrayendo lo señalado en el capítulo dedicado a la Jurisdicción Coactiva y al principio de Autotutela Ejecutiva, sabemos de antemano que la competencia para ejercerla, únicamente se puede otorgar a ciertas personas de derecho que desarrollen *funciones públicas*, donde la Unión Temporal no tiene cabida.

Esto conlleva a que el procedimiento desde su inicio tenga inconsistencias de una práctica que por pretenderse eficiente, en muchos casos se omite la real aplicación de las normas jurídicas.

Otra de las inconsistencias que hacen dubitar de la validez del procedimiento actual, es que la Unión Temporal actúa como Juez y parte dentro del mismo, habida cuenta que esta atribución nace solamente de la posición dominante que sólo pueden tener las empresas de servicios públicos.

No es necesario aclarar que la Unión Temporal no es una empresa de servicios públicos, sino solamente una entidad privada a la que se le permitió contratar con el Estado para lograr la consecución de los objetivos plasmados en el PROINE. No se puede entender la posición dominante como una atribución que se pueda colocar a merced de las leyes del mercado para que el mejor postor pueda acceder a ella.

En el inentendible error de creerse una entidad con funciones públicas, de manejar un rol inaceptable de Juez y parte, y de abusar de una posición dominante que no le es propia, la Unión Temporal es la que directamente aporta las pruebas en contra del usuario y a favor de la empresa, denegando en muchos casos, los argumentos y las pruebas presentadas por la parte pasiva de sus procedimientos.

Lo anterior se deduce a partir de que es la Unión Temporal la que emite los Actos Motivados de Prueba, donde se incorporan al proceso las probanzas en calidad de su idoneidad, pertinencia, conducencia y contundencia. Constituye esto de nuevo una exorbitancia en la medida de que al no existir terceidad en la valoración de la pruebas, con sujeción a la sana crítica y a la lógica jurídica inherentes a un juzgador verdaderamente imparcial, se pone en indefensión al usuario, porque en últimas ser en este caso juez y parte es una ficción no legal.

La indefensión del usuario frente a este proceso se concreta en dos sentidos:

1. En el traslado de la carga de la prueba, sabiéndose que al usuario lo cobija la presunción de inocencia, muy a pesar de la responsabilidad solidaria. De hecho, el artículo 133 inciso 3 de la ley 142 de 1994, establece que la empresa abusa de la posición dominante, cuando traslada la carga de la prueba al usuario.
2. En que el derecho a la impugnación de los Actos Motivados de Prueba los resuelve la Unión Temporal, sin importar que este acto sea interlocutorio, y por lo tanto, susceptible de ser revisado en segunda instancia por la entidad de vigilancia y control que en este caso es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Hemos de sentar definitivamente, que el auto que valora las pruebas para sustentar la *ratio decidendi* de la resolución sancionatoria, sólo es susceptible del recurso de reposición, recurso que en ningún momento es de conocimiento de la Jurisdicción contencioso administrativa, y resulta anguloso pensar que muchas veces estos Actos Motivados de Pruebas, niegan injustificadamente las pruebas solicitadas por el usuario, por considerarlas unilateralmente impertinentes.

Al no existir participación de los juzgadores administrativos dispuestos por la rama Jurisdiccional del Estado para regular las relaciones entre la Administración y los administrados, es imposible imaginar un real control de legalidad sobre las actuaciones de las entidades con funciones públicas, máxime cuando éstas son nugatorias.

La unilateralidad en este caso implicaría *de facto* una decisión definitiva propia de las sentencias emanadas de las máximas instancias dispuestas por el ordenamiento legal, contrariando la esencia misma de la administración de justicia, pues el derecho es cambiante y además susceptible de ser verificable y controvertible. No resulta dable pensar que las argumentaciones que puedan emanarse de la Unión Temporal dentro de los trámites administrativos que no le son propios, tengan la atribución de ser absolutas, innegables, incontrovertibles, es decir, con las cualidades propias

de las bulas papales que son *ex cathedra*, infalibles e irreformables.

Es necesario adoptar las medidas pertinentes para que la vigencia de los derechos fundamentales no quede solamente en buenas intenciones, y para que la constitución y las leyes no se conviertan en simples textos moralizantes pero no aplicables. Una sociedad de leyes está sujeta al imperio de la equidad y de lo jurídico y éstos deben prevalecer indiscutiblemente en todos los ámbitos, sin escindirse del camino de la consecución de lo que para nosotros es el fin último del derecho: "LA LIBERTAD DEL HOMBRE".

"SPERO LUCEM POST TENEBRAS"

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los servicios públicos son un medio por el cual el Estado cumple los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.
2. El 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.
3. La naturaleza de la prestación de los servicios públicos nace de las finalidades del Estado, su cometido básico es la satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad, cumpliendo así con la función social encuadrada en la Constitución Política. Aun cuando su prestación no constituye un deber ineludible de la administración si es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

4. La Jurisdicción coactiva es un privilegio exorbitante de la Administración, emanado directamente de la Constitución o de la ley, el cual consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor - las cuales estarán expresamente signadas por ley -, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales. Su aplicación no entraña el ejercicio de funciones jurisdiccionales sino de mero trámite administrativo para hacer efectivo el cobro de un título ejecutivo. Las entidades públicas, por medio de sus funcionarios taxativamente señalados en la constitución o en la ley, son los únicos acreedores que pueden incoar las acciones y pretensiones en esta jurisdicción.

5. La autotutela supone una facultad de la administración para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial. Ejecutivamente esta se entiende, como el privilegio de la administración de eximirse de acudir a la jurisdicción para obtener una sentencia ejecutiva y cobrar sus títulos.

6. Sobre todos los procesos llevados por jurisdicción coactiva, la Jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce un control legal y

jurisdiccional que se resume en el hecho de conocer de las apelaciones de providencias, consultas de sentencias, recursos de queja y tramite de excepciones, además de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones que resuelven las excepciones y ordenan la ejecución en el procedimiento administrativo de cobro y en el ejecutivo derivado del control fiscal establecido en la ley 42 de 1993.

7. La aplicación del debido proceso no escapa a los tramites que las entidades estatales inicien para ejercer un derecho ante la administración o los que tengan por objeto exigir el cumplimiento de una obligación. Siendo la imposición de sanciones, tramites administrativos regidos por el principio de autotutela, deben sujetarse a todas las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción.

8. Debido a que es la resolución 108 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), y no una ley de la Republica, la que le confiere a las entidades prestadoras del servicio de energía eléctrica la potestad sancionatoria que le permite además, a través de sus contratos uniformes establecer los procedimientos para proferir las resoluciones imponiendo multas, se deduce que estas carecen de la debida competencia para hacer efectivas, acudiendo a la Jurisdicción coactiva, las obligaciones surgidas de la resoluciones sancionatorias que profieren.

9. La prerrogativa sancionatoria residual abrogada por las entidades prestadoras de servicios públicos a través de la resolución de la CREG, no suple el vacío legal existente en el artículo 140 de la ley 142 de 1994, en su inciso último.
10. De igual forma, sabiendo en principio que la ESSA S.A E.S.P, carece de competencia para iniciar, acudiendo a la jurisdicción coactiva, los procedimientos tendientes a imponer sanciones por incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, es igualmente ilegal la cesión de esta ficticia competencia a la Unión Temporal Living S.A - DISICO S.A, pues esta solo es una entidad privada que no ejerce funciones públicas.
11. En ejercicio de sus nugatorias funciones públicas, la Union Temporal, se ha visto inmersa en diversas violaciones al debido proceso, entre las cuales rescatamos el evidente traslado de la prueba en los procesos que adelanta contra los usuarios y en la unilateralidad de la mayoría de sus actuaciones, y la imposibilidad de que los autos motivados de pruebas puedan ser impugnados ante la Superintendencia de Servicios Públicos, toda vez que solo son susceptibles del recurso de reposición.
12. El debido proceso debe prevalecer en los procedimientos encaminados para verificar la

existencia de conductas no autorizadas por la compañía o por las leyes.

13. Debe existir una legislación idónea, es decir, emanada del Congreso de la republica, que le confiera de manera directa a las entidades Prestadoras de Servicios Públicos la verdadera potestad para imponer sanciones a los usuarios cuando se descubran situaciones anómalas.
14. Debe existir un unificado y verdadero procedimiento a seguir por parte de las entidades prestadoras de servicios públicos, cuando de imponer sanciones se trata. Es decir, solo debe existir un único procedimiento aplicable en cuanto a los procesos sancionatorios adelantados, rechazándose toda norma, bien sea paralela o inmersa dentro de los Contratos de Condiciones Uniformes específicos, que puedan dar lugar a posibles aplicaciones procedimentales con relación al tema.
15. El principio de la doble instancia debe estar claramente definido en este proceso y su procedencia debe depender únicamente de la naturaleza providencia proferida y el agravio que esta produzca en la parte pasiva, mas no de la potestad dominante de la que gozan las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos.

16. Aunque la Superintendencia de Servicios Públicos, sea el encargado del control y fiscalización de las empresas; el competente para conocer de los casos en los que se determine que procede la segunda instancia, debe ser la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

17. En perjuicio de lo anterior, si la actual ficticia facultad sancionatoria de la que se creen ungidas las Empresas Prestadoras de servicios Públicos, continua haciendo mella gracias al vacío legal existente en la ley 142, debe crearse o establecerse cuando menos, un organismo ajeno a las empresas, para que en uso de un facultad conferida por ley, puedan ejercer la Jurisdicción Coactiva, creando el título y cobrando a favor de estas, la obligación resultante del incumplimiento del Contrato de Condiciones Uniformes.

18. Por ultimo, si las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, deciden incoar una acción penal denunciando una defraudación de fluidos cuando han detectado una anomalía, el ejercicio del derecho debe hacerse con plena justificación desligando de ésta, la responsabilidad solidaria contenida en el Contrato de Condiciones Uniformes.

BIBLIOGRAFIA

Triana Perdomo, José Marcelino. El ejecutivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2003. 966 Pág.

Escobar Vélez, Edgar. El proceso de Jurisdicción Coactiva. Editorial Señal Editores. Cuarta edición 2005. 283 Pág.

Rodríguez R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis. Décima edición 1998. 470 Pág.

Codigo Contencioso Administrativo.

Ley 222 de 1995

Ley 100 de 1993

Ley 446 de 1998

Ley 78 de 1996

Ley 49 de 1987

Ley 42 de 1993

Ley 142 y 143 de 1993

Ley 2689 de 2001

Ley 286 de 1996

Ley 6 de 1992

Decreto 624 de 1989

Decreto 3087 de 1997 (CREG)

Decreto 1604 de 1996

Decreto 122 de 1986

Resolución 12533 de 1999

Resolución 0678 de 2004

Sentencia T-540 de 1992

Sentencia T-145 de 1993

Sentencia C-636 de 2000

Sentencia C-272 de 1998

Sentencia C-262 de 1996

Sentencia C-666 de 2000

Sentencia C-1162 de 2000

Circular 003 y 011 de 2004 emanada de la S.S.P.D

Concepto 3780 del 15 de Marzo de 2005 del Ministerio
Público