



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 405 DE 2020

(junio 19)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto^[1]

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002^[2], la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios”.

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011^[3], sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[4].

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

A través del escrito de consulta se presentan diversas inquietudes en relación con la legalidad de la cláusula de desviaciones significativas, incluida por un prestador del servicio de energía eléctrica en su contrato, la cual en opinión del usuario consultante, resulta contraria a la Constitución, la Ley y las Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG.

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994^[5]

Ley 1437 de 2011⁽⁶⁾

Resolución CREG 108 de 1997⁽⁷⁾

Corte Constitucional, Sentencia C – 075 de 2006

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00050-01

CONSIDERACIONES

En relación con el tema objeto de solicitud, debe recordarse que el alcance de los conceptos jurídicos emitidos por esta Superintendencia esta signado por el contenido del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo primero de la Ley 1755 de 2015, el cual es del siguiente tenor literal:

“Artículo 28. Alcance de los Conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.?”

De acuerdo con la norma citada, la función consultiva a cargo de las entidades públicas no pretende resolver situaciones concretas, sino brindar orientación, comunicación e información general, acerca de la manera cómo actúa la administración en la generalidad de los casos.

Es por tal razón que, no pueden igualarse los conceptos con los actos administrativos de contenido particular o general, en tanto los primeros, a diferencia de los segundos, no definen situaciones concretas derivadas del ejercicio de derechos subjetivos, tampoco reglamentan o ejecutan la Ley con los requisitos formales correspondientes, como por ejemplo, lo hacen los decretos y las resoluciones y mucho menos pueden usarse como opción de reemplazo frente a los mecanismos que disponen los administrados para debatir sus asuntos ante la administración.

Su finalidad es entonces, como se ha dicho, la de orientar, ilustrar e informar a los particulares sobre la forma de actuar de la administración, de modo que se facilite el cumplimiento de sus obligaciones tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁽⁸⁾, así:

“(…) Siguese de ello que dicho concepto no constituye acto administrativo, y menos de carácter normativo que lo haga susceptible de la presente acción de nulidad, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna.

Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de qué trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella.

De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra.

Si esa opinión, juicio o apreciación dada en un concepto jurídico, es o no acertada jurídicamente, no es algo que sea susceptible de examinar por esta Jurisdicción de manera separada y directa. Lo que esta Jurisdicción puede examinar y controlar en cuanto a su legalidad, son las decisiones o actos que definan situaciones jurídicas, generales o particulares, que se llegaren a dar tomando como fundamento un concepto jurídico de

esa naturaleza, en tanto elemento o criterio de interpretación de las normas aplicadas al caso.? (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, es preciso indicar que no es procedente un pronunciamiento de esta Oficina sobre la legalidad de las condiciones uniformes de un contrato de servicios públicos en particular, máxime si se considera que tal función ha sido previa y expresamente asignada a las comisiones de regulación, tal y como con claridad lo indica el numeral 10 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, según el cual las citadas unidades administrativas especiales tienen la facultad de:

“73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia.?”

Así, la función de esta Superintendencia en punto a tales contratos, es la de vigilar y controlar su cumplimiento en casos puntuales, considerando para ello los términos en los que éstos se hallen redactados, velando porque su aplicación se ajuste a los postulados del régimen de los servicios públicos domiciliarios, conforme con lo indicado en los numerales 1 y 2 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior, implica que esta Superintendencia no tiene dentro de sus funciones la de ejercer el control de legalidad de las condiciones uniformes de los contratos o la de recomendar o sugerir su modificación, sin perjuicio que en cada caso concreto conocido por esta Superintendencia ante la interposición de los recursos de apelación por los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, resulte posible interpretar las correspondientes cláusulas de acuerdo con lo que indiquen la Ley y la Regulación, de manera que se vele porque su aplicación respete el marco jurídico vigente, sin que la indefinición o falta de claridad de algún termino pueda llegar a afectar los usuarios.

Lo anterior, incluso en eventos como el de la determinación de las desviaciones significativas en los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, en el que la regulación de la CREG, contenida principalmente en la Resolución CREG 108 de 1997, le da un amplio margen a los prestadores de tales servicios para establecer los mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación, por los aumentos o reducciones significativas de los consumos de sus usuarios en diferentes periodos de facturación.

CONCLUSIONES

De conformidad con las consideraciones expuestas, se procede a dar respuesta a los interrogantes presentados en el escrito de consulta.

1. “1. ¿Cómo debe interpretarse la CLAUSULA (...) - DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del Contrato de Condiciones Uniformes para el Servicio Publico (sic) Domiciliario de Energía Eléctrica de (...) vigente desde (...)?”

2. ¿La CLAUSULA (...) - DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del Contrato de Condiciones Uniformes para el Servicio Publico (sic) Domiciliario de Energía Eléctrica de (...) vigente desde (...) es ajustada a la Constitución a la Ley 142 de 1994 y a la (sic) Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG??

Como se ha indicado en la parte considerativa de este concepto, no es procedente que esta Oficina indique la manera en que deben interpretarse las condiciones uniformes de los contratos de los prestadores cuyo comportamiento vigila esta Superintendencia. En primer lugar porque no es posible que por la vía de un concepto una autoridad pública se pronuncie sobre una situación en concreto y en segundo, porque tal función no le ha sido atribuida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sino a las

Comisiones de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA y de Energía Eléctrica y Gas Combustible – CREG, según corresponda.

2. “3. La CLAUSULA 31- DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del Contrato de Condiciones Uniformes para el Servicio Publico (sic) Domiciliario de Energía Eléctrica de (...) vigente desde (...) tal como está escrita respeta el concepto de Condiciones Uniformes??

El concepto de condiciones uniformes a que se refieren diversas disposiciones de la Ley 142 de 1994, tiene que ver con el hecho de la uniformidad de las estipulaciones que los prestadores definen en sus contratos para ofrecerlas a un conjunto de usuarios no determinados. Dado lo anterior, el hecho que una cláusula pueda o no ser incoherente o contraria a la normativa vigente no le despoja de su carácter uniforme, cuando aún a pesar de los vicios que pueda tener se ha ofrecido de manera general a todos los usuarios potenciales de un prestador.

En punto a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C – 075 de 2006, ha indicado que la naturaleza uniforme de los contratos de servicios públicos tiene que ver con que estos se sometan: “...a unas mismas condiciones jurídicas de aplicación general para muchos usuarios no determinados”, de suerte que si la cláusula a que se refiere la consulta está inserta en todos los contratos del servicio de energía del correspondiente prestador, con ello bastará para que el contrato se entienda ajustado a la condición uniforme que es de su esencia, sin perjuicio que su contenido material se encuentre o no ajustado a la normativa vigente, pues en la práctica y desde una consideración eminentemente jurídica, la uniformidad de un contrato no tiene que ver con su coherencia o con su legalidad.

3. “4. ¿De encontrar la Superintendencia que la CLAUSULA (...) - DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del Contrato de Condiciones Uniformes para el Servicio Publico (sic) Domiciliario de Energía Eléctrica de (...) vigente desde (...) se aparta de la Constitución, la Ley 142 de 1994 y las Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, qué procedimiento se debe seguir para hacer que la empresa la adecue??

Como se ha indicado en el acápite anterior, la Superintendencia debe integrar su función de vigilancia del cumplimiento de los contratos de servicios públicos, junto con la de vigilancia, inspección y control del cumplimiento del régimen de los servicios públicos domiciliarios por parte de los prestadores sujetos a su supervisión. Desde esa óptica, esta Superintendencia no puede pronunciarse sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de sus vigiladas, pero si puede aplicar tales condiciones armonizándolas con la regulación que las mismas deben cumplir, lo cual hará en cada caso concreto que conozca en el marco de sus competencias en materia de atención de los recursos presentados por los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

De igual forma, en el contexto de su función general de vigilancia, si la Superintendencia encuentra que un prestador por acción u omisión ha vulnerado la Constitución, la Ley y/o la Regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, podrá investigarlo y/o sancionarlo, conforme a lo dispuesto en los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, este último adicionado y modificado parcialmente por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019.

4. “5. ¿De encontrar la Superintendencia que la CLAUSULA (...) - DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del Contrato de Condiciones Uniformes para el Servicio Publico Domiciliario de Energía Eléctrica de (...), vigente desde (...), se aparta de la Constitución, la Ley 142 de 1994 y las Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, qué norma habría que aplicar en materia de DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS del consumo de energía de esta empresa hasta que la empresa adecue su norma??

En materia de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, la determinación de los porcentajes a partir de los cuales se determina la existencia de una desviación significativa del consumo, necesariamente debe partir de la lectura que se haya dispuesto en los contratos de servicios públicos, pues a diferencia de lo que ocurre en el sector de agua potable y saneamiento básico en el que existe norma expresa que los fija⁹⁾, la CREG en el artículo 37 de la Resolución 108 de 1997 expresamente estableció en las empresas la responsabilidad de adoptar los mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas, así como los porcentajes a partir de los cuales se entiende que éstas se presentan.

Dado lo anterior, en caso de existir una cláusula incoherente en la materia, deberán respetarse los porcentajes establecidos en esta sin perjuicio de que su aplicación práctica responda a los principios establecidos sobre el particular tanto en la Ley 142 de 1994, como en la ya citada Resolución CREG 108 de 1997.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado 20208500088832

TEMA: DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS

2. "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios"

3. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

4. "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

5. "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"

6. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"

7. "Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones"

8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00050-01.

9. Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.20.6.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.