

171 folios 208'



RECIBIDO
JUEGADO 11 ADMINISTRATIVO
Medellín: 15 SEP 2017
Cetemb
Secretario

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20171321283741

RJ-F-005 V. 6

Fecha: 12/09/2017
Página 1 de 20

Medellín, Septiembre 13 de 2017

RECIBIDO
FOLIOS
2017 SEP 14 PM 2:41
OFICINA DE APOYO
JUEGADOS ADMINISTRATIVOS
MEDELLIN

Doctora
EUGENIA RAMOS MAYORGA
JUEZ ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO - ORAL
MEDELLIN

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y ALCIDES GOMEZ GOMEZ (OTROS)
RADICADO: 05001-33-33-011-2017-00149-00

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Respetada Doctora:

MARCELA TAMAYO ARANGO, mayor y vecina de Medellín, identificada como al pie de mi firma consta, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, conforme con el poder que anexo con el presente escrito, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de conformidad con el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

====

Expediente virtual 2017132610300397 E

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

- **Respecto de la Resolución SSPD 20168300036545 del 15 de Noviembre de 2016**

A LOS HECHOS PRIMERO AL CUARTO: Así se desprende de la documentación que EPM acompaña a la demanda, con la aclaración en el HECHO CUARTO de que no se trata del servicio de energía, sino de acueducto.

AL HECHO QUINTO: Es cierto que EPM resolvió la reclamación de manera desfavorable. Lo demás son consideraciones jurídicas.

A LOS HECHOS SEXTO AL OCTAVO: Son ciertos.

Respecto de la Resolución SSPD 20168300038225 del 17 de Noviembre de 2016

A LOS HECHOS NOVENO AL DECIMO PRIMERO: Así se desprende de la documentación que EPM acompaña a la demanda

AL HECHO DECIMO SEGUNDO: Es cierto que EPM resolvió la reclamación de manera desfavorable. Lo demás son consideraciones jurídicas.

A LOS HECHOS DECIMO TERCERO A DECIMO QUINTO: Son ciertos.'

Respecto de la Resolución SSPD 20168300039595 del 25 de Noviembre de 2016

A LOS HECHOS DECIMO SEXTO A DECIMO SEPTIMO: Así se desprende de la documentación que EPM acompaña a la demanda

AL HECHO DECIMO OCTAVO: Es cierto que EPM resolvió la reclamación de manera desfavorable. Lo demás son consideraciones jurídicas.

A LOS HECHOS DECIMO NOVENO A VIGESIMO PRIMERO: Son ciertos.

II. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Respecto de las pretensiones de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas en consideración a los fundamentos de hecho y de derecho que me permito hacer valer en el acápite *Razones de la Defensa*.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

De antemano solicito se tengan como argumentos para sustentar la posición de esta Entidad, las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas en los actos administrativos demandados, las que soporto y complemento con los siguientes argumentos, atendiendo los planteamientos de la demanda:

Son objeto de defensa los siguientes actos Administrativos:

Nº. Acto administrativo Resolución SSPD	Fecha	Clase de Acto	Dependencia que lo profiere
20168300036545	15/11/2016	Recurso de Apelación	Territorial Occidente
20168300038225	17/11/2016	Recurso de Apelación	Territorial Occidente
20168300039595	18/11/2016	Recurso de Apelación	Territorial Occidente

En sentir de mi agenciada, tales actos se encuentra ajustado a la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, tal como se expone a continuación frente a los argumentos de la demanda, para lo cual propongo para los tres en común, las siguientes

EXCEPCIONES:**A. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ACUSADO**

Para EPM hay falsa motivación por cuanto la SSPD está exigiendo que se desarrolle un procedimiento no previsto en la Ley, definiendo una tarifa legal en cuanto a los medios de prueba que deben reposar en e expediente, al tiempo que da la orden de que se apliquen unas pruebas técnicas específicas, (retiro del medidor y revisión en un laboratorio) que resultan bastante costosas, amén de que desconoce " ... *en algunos casos cuando se trata de circunstancias que variaron en el inmueble como son aumento de habitantes, o daños en algún electrodoméstico, la sola verificación en campo o visita es suficiente para determinar la causa de la desviación*".

Ni una ni otra cosa son ciertas, pues ni el acto administrativo que es objeto de controversia, ni en documento alguno ha hecho tal exigencia.

La Superintendencia exige, con base en la norma vigente, que al existir desviaciones significativas EPM está obligada a establecer la causa, lo que no se hizo. No especular o intuir, sino a demostrar.

De ninguna manera puede interpretarse la expresión "sin requisitos especiales" prevista artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 como una exoneración a la carga que la normatividad de servicios públicos impone a las ESP.

Resulta fundamenta llamar la atención del despacho sobre el hecho de que la sentencia invocada en la demanda no tiene ninguna aplicación en este asunto, pues no pudo el funcionario de EPM evidenciar la causa, sino más bien, lo que hizo fue "asumir" que la misma tuvo origen en la versión de un habitante de la vivienda, por ejemplo, sin desplegar la actividad probatoria requerida.

Cuál es el marco normativo que rige el asunto?

Ley 142 de 1994

• Artículo 149

“Artículo 149. De la revisión previa. Al preparar las facturas, es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de períodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso.” Enfasis añadido

RESOLUCION CREG 108 de 1997:

Artículo 37:

“ Para elaborar las facturas, es obligación de la empresa adoptar mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario durante un periodo de facturación y sus promedios de consumo anteriores.

“ Parágrafo 1°. Se entenderá por desviaciones significativas en el periodo de facturación correspondiente los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres periodos si la facturación es bimestral o de los últimos seis periodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.

Parágrafo 2°. La Empresa deberá practicar las visitas y realizar las pruebas técnicas que se requieran con el fin de precisar la causa que originó la desviación detectada en la revisión previa

Las normas son claras: no se trata solo de realizar visitas, sino de contar con los elementos técnicos requeridos.

- **Y finalmente, el CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES que existe entre EPM y los usuarios para el servicio de energía:**

“Cláusula 47. Desviaciones significativas. LAS EMPRESAS deben investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores, al preparar las facturas. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de períodos anteriores del mismo usuario o en la de usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al USUARIO, según sea el caso.

Parágrafo 1. La crítica permite que una instalación sólo sea comparable consigo misma y no con ninguna otra, ya que cada instalación tiene comportamientos particulares. Con base en la comparación entre el consumo promedio de los últimos 6 meses, exceptuando los consumos cero, y el consumo del presente mes de una instalación en un período determinado, se calculan los límites de consumo superior e inferior; el consumo que esté por fuera del rango se considera anormal.

Desviación: valor que se obtiene así:

- 1. Cada consumo se proyecta a 30 días.*
- 2. Se calcula el consumo promedio de los últimos seis meses con los consumos proyectados a 30 días.*
- 3. Se le resta el Consumo promedio a cada uno de los consumos de los últimos 6 meses y ese resultado se eleva al cuadrado.*
- 4. Se suman estos resultados y se dividen por 6.*
- 5. A ese total se le saca raíz cuadrada.*

Constante (F): se selecciona la constante dependiendo del valor de la desviación, así:

- F = 3.5 si la desviación es mayor a 120*
- F = 4.5 si la desviación está entre 60 y 120*
- F = 5.5 si la desviación está entre 30 y 60*
- F = 7 si la desviación está entre 0 y 30*

27

Límites calculados:

*Límite inferior = [Consumo promedio - (F * Desviación)], se redondea*

*Límite superior = [Consumo promedio + (F * Desviación)], se redondea*

20171321283741

Página 7 de 20

Límites por defecto: si la desviación es cero (0), se aplica como límite inferior 20 y límite superior 1500, para instalaciones nuevas el límite es 1000, si el límite inferior calculado es menor que el límite inferior por defecto, se coloca el límite por defecto, si el límite superior calculado es menor que el límite inferior por defecto, se coloca como límite superior 500.

“ Los límites de consumo (inferior y superior) y el promedio de consumo se proyecta al número de días de consumo a analizar.

Parágrafo 2. Cuando la entidad adelante la verificación de las conexiones y/o correcto funcionamiento del equipo de medida de un USUARIO, este podrá ser asistido durante la visita por parte de un técnico electricista o testigo hábil, caso en el cual LAS EMPRESAS concederán quince (15) minutos antes de iniciar dicha revisión.

Parágrafo 3. Cuando LAS EMPRESAS realicen dos (2) visitas consecutivas con el fin de detectar la causa que generó la desviación significativa y las mismas no se puedan realizar por causa imputable al cliente, siempre y cuando de estas exista acervo probatorio, LAS EMPRESAS podrán cargar la totalidad del consumo dejado en investigación. No obstante el USUARIO afectado podrá controvertir dicho cobro mediante una reclamación“

LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE LA EMPRESA PARA PODER FACTURAR UN CONSUMO QUE LLEGA A SER DESVIACIÓN, ESTÁ OBLIGADA A DEMOSTRAR LA CAUSA DE LA DESVIACIÓN, NO FUE SATISFECHA POR EPM

Lo que se censura o reprocha por parte de la SSPD es que EPM es que estando en presencia de desviación significativa, no estableció efectivamente cual era la causa efectiva de la misma.

A ello se refieren los acto acusados cuando en la parte considerativa, una vez establecida la exigencia de la desviación significativa, indican:

- Resolución SSPD 20168300036545 del 15 de Noviembre de 2016

“ ...

“ De conformidad con el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, antes transcrito, una vez se presente una desviación significativa es deber de la empresa realizar la visita previa para establecer las causas de la misma.

“ Adicionalmente, como quedó expuesto, el artículo 12 de la CRA 413 de 2006, impone a la prestadora que con antelación mínima de tres (3) días hábiles debe dar aviso de la visita al usuario, indicando la fecha y el momento del día, mañana o tarde durante el cual se realizará la visita.

“ Como se evidencia a folio 22 y 26 del expediente la prestadora envió comunicación para realizar la revisión, en acta de revisión se evidencia que existía fuga imperceptible usuario la detectó y subsanó.

“ En el caso bajo estudio se tiene que la empresa no dio cabal cumplimiento al artículo 149 de la Ley 142 de 1994, así como a la regulación en la materia, lego la Empresa para esta caso sí estaría a reajustar los consumos facturados“

Que quiere decir la SSPD con la expresión **“no dio cabal cumplimiento al artículo 149 de la Ley 142 de 1994“**???

A que no probó absolutamente nada, como era su obligación: cuánto tiempo duró la fuga? Cuál era el volumen de agua vertido? Como podía ser imperceptible si el mismo usuario señaló que lo veía? Como se determinó el número de metros vertido?

Para EPM la simple manifestación de un habitante de la vivienda, unido a la percepción de un funcionario contratista de la existencia de un “resane” es suficiente para probar.

2. Resolución SSPD 20168300038225 del 17 de Noviembre de 2016

“ ...

20171321283741

Página 9 de 20

“Descendiendo al caso que nos ocupa encontramos que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN ESP – EE.PP.MM – ESP – JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA allega al expediente como fundamento a su decisión de recuperación de consumos , acta de visita y hallazgos del 16 de marzo, 18 y 30 de abril, y 2 de junio de 2016, donde manifiesta la irregularidad.

“ ...

“Analizado el acervo probatorio del expediente virtual, en consecuencia, este despacho, entra a analizar que la empresa encuentra una irregularidad en el predio asunto de este caso, en cual mediante actuación administrativa inicia investigación donde halló irregularidades, mediante las pruebas que reposan en el expediente se pudo evidenciar que la empresa realizó visitas los días 16 de marzo, 18 y 30 de abril, y 2 de junio de 2016 donde encontró el hallazgo, por lo anterior la empresa prestadora solamente puede recuperar el consumo de energía de los meses de marzo, abril y junio de 2016 ya que no allegó prueba de la visita del mes de mayo donde se hubiera detectado la anomalía.

“ Conforme a todo lo anterior y teniendo en cuenta que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN ESP – EE.PP.MM – ESP – JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA no probó que la anomalía se hubiese presentado en meses anteriores a la fecha del hallazgo, tampoco podría recuperar per-se más de un período de facturación, toda vez que no existe presunción de naturaleza constitucional, legal, reglamentaria o regulatoria que permita a los prestadores recuperar consumos respecto de los cuales no prueba plenamente la existencia de irregularidades que impidan la efectiva medición del consumo, ni la determinación del consumo facturable. Por tanto, en ausencia de elementos probatorios adicionales, el prestador, EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN ESP – EE.PP.MM – ESP – JORGE ALBERTO JULIAN LONDOÑO DE LA CUESTA solo podrá recuperar los consumos para el período en que realizó la visita en que encontró la existencia de la irregularidad en los meses de marzo, abril y junio de 2016.” Todos los énfasis son añadidos

La entidad decide revocar la decisión por cuanto en las visitas previas lo único que se pudo establecer, según informa la persona que la atendió es la instalación de un aire acondicionado.

20171321283741
Página 10 de 20

Por ello, sin mas elementos consigna en el documento que resuelve el recurso: “ ... y se identificó que el nivel de utilización del servicio del inmueble cambió por el uso de nuevos electrodomésticos” Respuesta al recurso de reposición

Sin embargo, ello no es, ni puede ser prueba de nada: por qué EPM habla de nuevos electrodomésticos, si el usuario refiere solo uno? de qué capacidad es el aire acondicionado? Cuántos kw consume? Cuántas veces lo prenden al mes? Durante cuántas horas? Tenían ventiladores antes del aire?

EPM busca la salida fácil: ante cualquier manifestación de los habitantes “evidencia” la causa, lo que está muy lejos de la instrucción legal.

3. Resolución SSPD 20168300039595 del 25 de Noviembre de 2016

“ ...

“ Encuentra este despacho que la recurrente fue favorecida con la resolución número SSPD-20168300018175 del 21 de junio de 2016, expedida por esta Superintendencia, en cuanto a la misma reclamación por alto consumo de los meses de enero y febrero hogaño, en cuanto se ordenó a las EPM a retirar de su facturación 1210 kilovatios del mes de enero y a realizar la factura de febrero con promedio de 571 kilovatios.

“ Y es que solo baste analizar que la recurrente viene quejándose ante la prestadora por todo el año 2016, pues considera que su consumo no es el que regularmente utiliza de energía en su pequeño local comercial, y es por ello que no encontramos ajustado a derecho que en esta nueva reclamación se le resuelva por el fallador de primera instancia que no le hará análisis a todos los meses reclamados y que considera que no es necesario por el análisis de campo que el medidor de energía le sea retirado y llevado a un laboratorio para prueba cierta y verdadera de su consumo.

Es obligación imperiosa para la prestadora atender a plenitud este tipo de reclamaciones de los usuarios, pues solo así sentirán estos que se les ha atendido a plenitud su PQR.

Por todo lo anterior necesario será modificar el resolutivo de la empresa prestadora en este caso, a favor de la recurrente, pues no podremos observar si

20171321283741
Página 11 de 20

existe una ruta critica de desviación significativa o no sobre la base de unas mediaciones de las cuales se tiene duda, pues si para los meses de enero y febrero de 2016, encontramos que el promedio de consumo de energía era de 571 kilovatios, sin explicación alguna tal y como lo señala el mismo informe del funcionario de la prestadora- lector del medidor-. No existe razón alguna para que se presente un consumo disparado a mas del doble del promedio mensual que traía la usuaria. Solo nos queda pensar que si existe toda la razón a la quejosa, razón por la cual se le ha dejado de facturar los meses de marzo a la fecha y hasta tanto se realice la respectiva revisión de su medidor, con el promedio de consumo equivalente a 571 kilovatios, retirar de su facturación por los mismos meses los kilovatios de exceso, aunque este despacho pudiera regirse mas allá y otorgar la pérdida del derecho a facturar el consumo cuando este no se ha medido técnicamente y es que así tal y como está planteado el problema se viola el principio de que el consumo debe ser el elemento principal del precio, empero ha sido la misma usuaria la que ha reconocido que su promedio de consumo histórico oscila en los 570 kilovatios.” Enfasis añadido

Cuando se revisa el expediente administrativo, se advierte que en las actas de visita todo se registra normal, y se admite que el medidor funciona correctamente, pero no ofrece una respuesta concreta a la causal, se limita a especular:

- “ Que es importante indicarle que los consumos pueden variar de un mes a otro por múltiples causas, entre ellas, por el número de días del período facturado, vacaciones, cambios climáticos, tiempos de utilización, por lo que puede variar de un día a otro, además, por e deterioro de las instalaciones internas “

En resumen: EPM no tiene ni la menor idea de la causa, pero en lugar de ordenar la revisión técnica que corresponde al medidor, utiliza la línea de menor esfuerzo: trasladarle el cobro al usuario,.

La entidad de vigilancia y control de ninguna manera comparte esta forma de proceder por las siguientes razones:

- Cuando la ley le impone al prestador del servicio de acueducto, saneamiento, energía y gas de encontrar la causa de la desviación significativa tiene como fundamento la protección por parte del legislador, de los derechos de los usuarios y evitar el abuso de posición dominante de la empresa.

- Por ello, la carga de la prueba es completamente del prestador, y tal garantía no tiene otro que fundamento la protección por parte del legislador, de los derechos de los usuarios y evitar el abuso de posición dominante de la empresa.

Es necesario precisar que en muchos de los casos es la "percepción" del funcionario de EPM no tiene su soporte probatorio sólido, pues se atribuye la posible causa a una manifestación de un trabajador del usuario, o de una persona que habita o está en ese momento en la vivienda, que seguramente es cierta, pero que no evidencia el origen de la desviación.

Siendo la carga de la prueba de la prestadora, ésta debe ser más acuciosa en el recado probatorio, pues de lo contrario la SSPD seguirá modificando decisiones, ya que la Empresa está obligada en sede administrativa a DEMOSTRAR LA CAUSA EFICIENTE DE LA DESVIACION.

En sentido amplio, CAUSALIDAD: es la relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta.

Lo que la normatividad reseñada exige es que, efectivamente se pruebe esa relación, y los actos que fueron expedidos por EPM están muy lejos de cumplir con este requisito, pues ninguno da respuesta a las preguntas que se formularon unos acápite atrás.

Por ello deberán denegarse las súplicas de la demanda.

B. SOCIALIZACIÓN REGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS

20171321283741

Página 13 de 20

El artículo 79 de la Ley 142 de 1994 establece como funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

Artículo 79: Modificado por el art. 13 de la Ley 689 de 2001., Adicionado por el art. 96, Ley 1151 de 2007. *Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujeto de aplicación de la presente Ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes:*

(...) 29. *Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.*

(...) 31. *Podrá ordenar en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación de que tratan los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos retenga sin justa causa a un usuario, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación de la decisión respectiva. (...)*

Respecto de la defensa de los usuario en sede de la empresa la ley 142 de 1994 ha establecido

Artículo 154. *De los recursos. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.*

En la página de monografías.com se lee una titulada “Desviaciones significativas en el sector de la energía eléctrica (Colombia)” cuyo autor es **JOSE ORLANDO MELO NARANJO** y en la misma se advierte:

“Es importante aclarar que el Derecho debería proteger al menos fuerte cuando es vulnerado por la ley del más fuerte, que debería obrar por alcanzar el bien común, y pretender hacer la máxima justicia a quienes lo merecen. Pero al parecer estos ideales en la experiencia social, política y económica del mundo, no

son tan viables, o por lo menos no tienen el mismo vigor con que se formulan. Tal es el carácter de la [Constitución](#) Política de Colombia que encierra un marco jurídico de tipo antropocéntrico, en el cual los seres humanos son fundamentales por ser sujetos de derecho. Es decir, se formula que las familias deben estar amparadas por el Estado colombiano al representar el tejido social del país, de igual manera se afirma que los seres humanos poseen derechos universales que no deben ser violentados para preservar la [dignidad](#) humana, y otras tantas formulaciones legales que se desploman gradualmente cuando se trata de razones jurídicas, sociales, y otras tantas, que priman por encima de las razones naturales o civiles.

“ Por ende, algunas leyes determinan normativamente la protección a los derechos de los usuarios que se afilian a los servicios públicos domiciliarios, para ello, dictaminan [procedimientos](#) sustantivos y procedimentales que en ocasiones se cumplen, pero que otras veces no. Por ejemplo: "Las autoridades públicas y los particulares en sus actuaciones, deben estar sujetas por completo a los mandatos de la Constitución, de la ley y del reglamento, con la indispensable concurrencia de entes controladores y jueces competentes en [torno](#) a actos oficiales o privados" 13. (Corte Constitucional, 2006)

En ese orden de ideas, se puede afirmar que la máxima de la Corte Constitucional expresa algunos planteamientos teórico-prácticos, que pueden corresponder a la protección jurídica de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, pero que también encierra múltiples contradicciones sociales, porque al considerar la forma en la cual las empresas de energía eléctrica domiciliaria establecen los rangos para medir las desviaciones significativas, se establece que tales entidades no están sujetas en su totalidad a las leyes, reglamentos y mandatos constitucionales. Es decir, al parecer los preceptos jurisprudenciales no han logrado regular el sistema de tarifas que maneja el sector de la energía eléctrica, y el tema de las desviaciones significativas, mucho menos garantizar el cumplimiento de los principios de [legalidad](#) en el obrar administrativo, técnico y operativo, como tampoco, señalar claramente cuál es el rol jurídico del sector gubernamental y privado. Por ende, se puede evidenciar que los entes de vigilancia y control en ocasiones son incompetentes para sancionar acciones de ilegalidad porque no poseen las [herramientas](#) jurídicas para hacerlo. También se puede afirmar que en Derecho deben primar criterios éticos y jurisprudenciales que permitan: "Además de la aplicación del principio de legalidad, la aplicación y reconocimiento del principio de igualdad, dado que en la interpretación y regulación de las desviaciones significativas estos no son claros, y si confusos" 14. (Consejo de Estado, 2009), Por ejemplo, mientras que la Comisión Reguladora de [Agua Potable](#) y Saneamiento Básico, define desviaciones

20171321283741
Página 15 de 20

*significativas en un rango máximo o mínimo del 35%, en el caso de las empresas de energía la Comisión Regulatoria del ramo establece libertad de sistema tarifario y **libertad en la definición de estas desviaciones**, lo que no está sujeto a control por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

«...

Por estas razones, es menester que el Estado, el Congreso de la República de Colombia, y los entes competentes comprendan: "la jurisprudencia constitucional considera la prestación de los servicios públicos como un hecho, más allá de la problemática de su determinación jurídico-conceptual. Sobre el particular, ha señalado que el servicio público "no es simplemente un "concepto" jurídico; es ante todo un hecho, una realidad." 15 (Corte Constitucional, 2003)

"...Por estas razones, la jurisprudencia constitucional establece varios elementos que le son propios, al concepto de servicios públicos: uno, se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general; dos, el Estado tiene el deber de asegurar su prestación eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones para toda la sociedad, y en tercera instancia, la obligación estatal puede ser satisfecha de forma directa o mediante el concurso de los particulares o de las comunidades organizadas. Sin embargo, estos elementos han sido quebrantados de forma continua por el sector de la energía eléctrica domiciliaria." <http://www.monografias.com/docs111/desviaciones-energia-electrica-colombia/desviaciones-energia-electrica-colombia.shtml#ixzz4IPJRGv7p>

C. EN CASO DE UNA DECLARATORIA DE NULIDAD NO ES LA SUPERINTENDENCIA LA OBLIGADA A ASUMIR EL VALOR DEL RESTABLECIMIENTO

Es necesario llamar la atención del despacho sobre el hecho de que en caso de surtirse una declaratoria de nulidad de los actos acusados, la que dicho sea de paso no consideramos procedente, la Superintendencia no sería la llamada a responder y pagar el valor de los consumos, por las razones que pasan a exponerse:

- a. La SSPD revocó la decisión de EPM en ejercicio de sus funciones como superior funcional de EPM al resolver el recurso de apelación.

- b. La decisión se adoptó en el marco del régimen legal vigente en materia de servicios públicos domiciliarios, y del acervo probatorio obrante en el expediente de la actuación administrativa.
- c. La decisión adoptada por esta entidad de vigilancia y control, se fundamenta en argumentos jurídicos y fácticos razonados y razonables, que buscan asegurar el imperio del orden legal y la garantía de los derechos del potencial usuario, en uno de los eventos susceptibles del recurso de apelación establecidos en el artículo 154 de la Ley 142 de 194 (negativa del contrato de servicios públicos).
- d. La entidad que represento no se benefició o recibió los servicios públicos que están en discusión.

Así lo ha reconocido este despacho en la sentencia de primera instancia proferida hace poco dentro del proceso con radicación 2015-00212.

En el mismo sentido, Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia:

“ ...

“El Restablecimiento del derecho

“ La sentencia de primera instancia condena a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a pagar a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la suma de cincuenta y un millones setecientos sesenta y cuatro mil cien pesos (\$51.764.100) y autoriza a la Superintendencia a repetir contra POSTOBÓN S.A. Al respecto debe considerarse que dicha suma de dinero corresponde a la prestación de servicios públicos suministrados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a Gaseosas Posada Tobón S.A. -POSTOBÓN-, por lo que no es procedente que la Superintendencia cancele dicho valor a Empresas Públicas de Medellín, pues como consecuencia de la nulidad de la Resolución proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que modificó la decisión 8142-2012038318 del 9 de mayo de 2012, proferida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la decisión modificada cobra vigencia, por lo que el restablecimiento del derecho derivado de la sentencia apelada es que Gaseosas

20171321283741

Página 17 de 20

Posada Tobón S.A. – POSTOBÓN cancele a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la suma de cincuenta y un millones setecientos sesenta y cuatro mil cien pesos (\$51.764.100), por concepto de la prestación del servicio de alcantarillado, conforme a la decisión contenida en el oficio No. 8142-2012038318 de mayo 9 de 2012, confirmado por el oficio No. 8142-2012049832 de junio 14 de 2012, proferida por Empresas Públicas de Medellín.” Enfasis resaltado. Magistrada Ponente: Dra Beatriz Elena Jaramillo. Radicado 05 001 33 33 007 2012 00387 01, sentencia de Junio 25 de 2015

Por ello, en el evento de una sentencia en contra, ruego al despacho abstenerse de ordenar a mi agenciada, el pago de suma alguna.

D. IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

La Superintendencia de Servicios Públicos, mantiene la certeza de que actuó en derecho, en ningún momento se ha apartado de los mandamientos constitucionales y legales.

Si bien el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencias dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"

De dicha norma, y en el escenario eventual de una decisión desfavorable a la Superintendencia, no puede derivarse una eventual condena en costas para mi representada, ya que lo que el texto legal prevé es un pronunciamiento sobre la condena en costas, el cual puede decidirse o bien señalando que no hay lugar a dicha condena por el comportamiento que la parte vencida tuvo en el proceso, sin dilaciones o mala fe; o por el contrario imponiendo la condena en costas, por considerar que la conducta procesal de la parte vencida ha sido dilatoria y de mala fe.

20171321283741
Página 18 de 20

No puede derivarse del texto legal del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 una condena en costas bajo un criterio de responsabilidad objetiva, responsabilidad ésta que se encuentra proscrita en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, al prever el constituyente como parte del derecho fundamental al debido proceso, la presunción de inocencia, y existir en los términos del artículo 83 constitucional, también una presunción de buena fe en las actuaciones que se surten ante las autoridades públicas; por ello, no resultaría constitucionalmente admisible una condena en costas para mi representada en un eventual escenario desfavorable a sus intereses, bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, la que reitero se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, es importante precisar que la remisión que el artículo 188 citado hace al Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, se refiere sólo a los aspectos relacionados con la liquidación y ejecución de la condena en costas, una vez que el juez en el marco del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 ha decidido imponer la condena en costas al evaluar la conducta de la parte vencida en el juicio. Así, dicha remisión que correspondería al artículo 365 del Código General del Proceso, no resulta extensiva a lo dispuesto en el numeral 1o del citado artículo, al haber norma especial en el artículo 188 ya citado.

Por lo anterior, solicito que ante una eventual nulidad de los actos administrativos demandados, que no consideramos procedente y respecto de lo cual se presentarán los argumentos para reafirmar su legalidad, se evalúe la conducta procesal de la entidad que represento y no se condene en costas ni agencias en derecho bajo el criterio de la responsabilidad objetiva, de resultar ser la parte vencida en el juicio.

V.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

En resumen, para este organismo de control y vigilancia es importante destacar que sobre el tema en discusión existen diversos fallos judiciales que determinan claramente las tesis acogidas en su integridad por esta entidad, dentro de los que mencionamos los siguientes:

- Sentencia 11001-33-31-005-2010-00154-01. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 31 de julio de 2013. M.P. Ana María Correa Angel.

- Sentencia 11001-33-31-005-2010-00119-01. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 31 de julio de 2013. M.P. Ana María Rodríguez Alava.
- Sentencia 2007-00201. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 08/03/2012. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Sentencia 2009-00005. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 29 de septiembre de 2011. M.P. Luis Manuel Lasso Lozano.
- Sentencia 2008-00248. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 19 de abril de 2012. M.P. Felipe Alirio Solarte Maya.
- Sentencia 2009-00334. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 12 de abril de 2012. M.P. Felipe Alirio Solarte Maya.
- Sentencia 2009-00285. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fecha: 29 de marzo de 2013. M.P. Felipe Alirio Solarte Maya.

VI. PRUEBAS

Acompaño:

DOCUMENTALES.

Hago entrega de Copia auténtica de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de las resoluciones que se acusan, en 155 folios.

MANIFESTACION EN CUANTO A LA PRUEBA TESTIMONIAL SOLICITADA POR EPM

Solicito negar la prueba testimonial solicitada por EPM por cuanto es completamente impertinente e inconducente, como quiera que la funcionaria no fue quien realizó las visitas, y solo dará fe de lo que documentalmente se encuentra en el expediente, sin aportar ningún elemento al proceso, por lo que acaba de reseñarse.

VII. ANEXOS

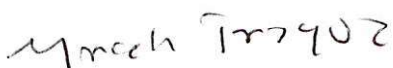
Acompaño el poder para obrar, con sus anexos y la prueba documental anunciada.

VIII. NOTIFICACIONES

A la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Carrera 18 Numero 84-35, Bogotá D.C.

A la suscrita: Calle 37 # 79/14. Interior 101. Medellín. Correo electrónico: mtarango@superservicios.gov.co, marcelacivitas@une.net.co

Atentamente,


MARCELA TAMAYO ARANGO
c.c. 43549300 de Medellín
T.P. 68634 del C.S.J

Proyectó: MARCELA TAMAYO ARANGO

Expediente virtual 2017132610300397 E