Bogotá D. C..

Señor

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Dirección Territorial Centro
ESP

Referencia: ACTAS DE VISITA .

Asunto: CONCEPTO JURÍDICO.

Cordial saludo,

Mediante la presente Carlos Mauricio Alvarez Rodriguez emite concepto jurídico sobre

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. Revisados algunos trámites de recursos de apelación de competencia de la Dirección Territorial Centro se observan actas de visita de inspección realizadas por las empresas prestadoras en las cuales los técnicos de la empresa firman las actas en calidad de encargados de la visita y como testigos de la mismas.

SEGUNDO. Las actas de visita, firmadas por los técnicos o el personal de la empresa en calidad de encargados y testigos, en los casos en que el usuario se encuentre ausente o en que aparentemente se niega a firmar la visita, tendrán la vocación de entender garantizado el debido proceso del administrado, durante el desarrollo de la diligencia.

De acuerdo a los anteriores hechos, nos permitimos dar solución a los

siguientes: **II. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Se vulnera el debido proceso de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional al usuario del servicio público domiciliario cuando el acta de visita, en un procedimiento de revisión adelantado al medidor o la acometida o las redes, es firmada por el personal de la empresa prestadora en calidad de funcionario que atiende la visita y en calidad de testigo ?

Para responder se considera lo siguiente:

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.I DEBER DE VERIFICACIÓN DE LAS CONEXIONES O CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS DE MEDIDA A CARGO DE LAS EMPRESAS.

El inciso 3 del artículo 144 de la ley 142 de 1994, señala expresamente que si bien el usuario no tiene la obligación de cerciorarse que el aparato de medida[1] funciona correctamente, si los es, que una vez la empresa advierta su mal funcionamiento o considere por renovación tecnológica que existe un equipo de medición más preciso, respetando el debido proceso administrativo que rige las actuaciones de las empresas de servicios públicos frente a los usuarios, sería un deber del usuario instalar, mantener, reparar el aparato de medida o reemplazarlo, escogiendo de manera libre el proveedor del servicio o bien, de acuerdo con las motivaciones dadas por la empresa.

En el mismo sentido el artículo 145 de la Ley 142 de 1994, impone el deber y derecho de las empresas de verificar el correcto funcionamiento de los equipos de medición, permitiendo inclusive en algunos casos retirar el equipo de medición para verificar su correcto funcionamiento.

Encontramos en la normatividad antes señalada los fundamentos para que las empresas realicen verificaciones o visitas de inspección, a los equipos de medidas, al respecto ha señalado esta superintendencia:

[1] El medidor, entendido como un instrumento físico elaborado para contar el consumo de energía.

"...Conforme a los artículos 135, 144 y 145, las empresas están facultadas para hacer visitas y efectuar

revisiones a las acometidas y equipos de medida para verificar su estado y funcionamiento. Corresponde a las empresas, por medio de las condiciones uniformes de los contratos, definir los procedimientos que deben adelantar al momento de hacer las revisiones con el fin de garantizar el debido proceso, entre ellos, que el contratista se identifique y explique los motivos de la inspección a las instalaciones. (…)[2]

En el desarrollo de las visitas de verificación debe existir garantías mínimas de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, situación que se puede verificar principalmente, en el documento donde se consigna las actuaciones desplegadas por los funcionarios de la empresa, y que se consolidan en el acta de visita, si bien para cada uno de los sectores en los cuales se presta el servicio, atendiendo a cada una de las regulaciones, y los contratos de condiciones uniformes, las garantías pueden ser más o menos rigurosas, existen unos puntos comunes a todas las visitas de verificación que fundamentan el núcleo esencial del debido proceso durante la actuación despliega

Reglamentación en Energía y Gas

El Reglamento de Distribución contenido en el Anexo General de la Resolución N° 70 de 1998 proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional, establece en el numeral 7.6:

"*El Comercializador puede hacer pruebas rutinarias al equipo de medida, por iniciativa propia, o por petición del OR o del Usuario, para verificar su estado y funcionamiento.*

En el evento en que el equipo de medida no esté dando las medidas correctas, el Comercializador notificará al Usuario afectado y establecerá un plazo para la calibración, reparación o reposición del equipo defectuoso. El plazo establecido no podrá ser inferior a siete (7) días hábiles, ni superior a treinta (30) días hábiles. Si el Usuario no calibra, repara, o reemplaza el equipo en el plazo estipulado, el Comercializador procederá a realizar la acción correspondiente a costa del Usuario.

Cuando la revisión del equipo de medida haya sido solicitada por el OR o el Usuario y se encuentre que el equipo está funcionando correctamente, el solicitante deberá cancelar al comercializador los costos eficientes correspondientes."

En el mismo sentido la Resolución CREG 108 de 1997 dispone en su artículo 26:

*"**Artículo 26º. Control sobre el funcionamiento de los medidores.** El control sobre el funcionamiento de los medidores se sujetará a las siguientes normas:*

a) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 142 de la ley 142 de 1994, las condiciones uniformes del contrato permitirán tanto a la empresa como al suscriptor o usuario verificar el estado de los instrumentos que se utilicen para medir el consumo; y obligarán a ambos a adoptar precauciones eficaces para que no se alteren. Se permitirá a la empresa, inclusive, retirar temporalmente los instrumentos de medida para verificar su estado.

b) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 144 de la ley 142 de 1994, no será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

c) Cuando el equipo de medida sea suministrado por la empresa, ésta deberá asumir la garantía de buen funcionamiento de dicho equipo por un período no inferior al que establezcan las normas sobre la materia o las que otorgue el fabricante de estos bienes.

[2] CONCEPTO 516 DE 2021 SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
d) En cuanto se refiere al transporte y distribución de gas, los contratos pueden reservar a las empresas, por razones de seguridad comprobables, la calibración y mantenimiento de los medidores."

Con ocasión de las reiteradas afectaciones que se presentaban a los derechos de los administrados surge la Circular 11 de 2004, la cual señala dentro de sus considerandos "Teniendo en cuenta los recientes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y con la finalidad de unificar la posición institucional, las Direcciones Territoriales deberán aplicar al analizar y decidir los recursos de apelación, de las peticiones y quejas presentadas por los usuarios en las empresas, los criterios orientadores contenidos en el documento anexo a la presente Circular referidos al debido proceso dentro del procedimiento de defensa del usuario para el servicio público de energía", sobre este contexto señala la norma de la referencia que:

"*El procedimiento general de defensa del usuario en sede de la empresa tiene un trámite preliminar, asociado con la verificación del estado de los instrumentos que se utilizan para medir el consumo y del estado de las conexiones (que incluyen las acometidas).*

Posteriormente se inicia el procedimiento administrativo, el cual está conformado por dos etapas: la Actuación Administrativa y la Vía Gubernativa.

Es importante precisar que la empresa no podrá suspender el servicio mientras se agota la actuación administrativa y la vía gubernativa.

Los funcionarios o representantes del prestador del servicio deberán ubicar el predio al que corresponde la conexión y/o equipo de medida que se pretende verificar y procederá a informarle al usuario, suscriptor o suscriptor potencial, si estos se encuentran en el momento de la verificación, lo siguiente:

a) Presentación del jefe de la cuadrilla o funcionario responsable de la actividad de verificación, con la debida identificación que lo acredite como funcionario o contratista de la empresa.

b) El objeto de la verificación, el cual deberá soportarse con la respectiva orden de verificación expedida por el prestador del servicio.

c) En el evento de que esté previsto en el contrato de condiciones uniformes la posibilidad para el usuario, de ser asistido durante la visita por parte de un técnico electricista o testigo hábil, deberá informársele el periodo de tiempo con que cuenta para tal efecto, de conformidad con lo que establezca dicho contrato.

d) La posibilidad que tiene el usuario de hacerse de cualquier medio probatorio señalado en el Artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.[15

Una vez realizado lo anterior, deberá consignarse en el acta,[16 como mínimo, lo

siguiente: - Fecha y hora del inicio de la verificación,

- Nombre del jefe de la cuadrilla o del funcionario responsable de la verificación y su identificación (número interno asignado por la empresa),

- Dirección del inmueble donde se realiza la verificación.

- Tipo del usuario (residencial - indicando el estrato -, comercial, industrial, oficial,

etc.). *- Nombre del usuario, suscriptor o suscriptor potencial.*

- Numero de Identificación del Usuario,
- *Nombre de la persona que atendió la verificación,*

- Declaración suscrita por la persona que atiende la verificación donde deja constancia de que le fue suministrada la información señalada en los literales a), b), c) y d).

Cuando la verificación no sea atendida por persona alguna, la Empresa procederá a sellar la instalación eléctrica para evitar cualquier tipo de intervención e informará al usuario la fecha en que se adelantará la revisión técnica, con el objeto de garantizar su presencia, la de cualquier habitante del inmueble o la de un representante autorizado. Si el usuario no asiste o no designa a un representante, se entenderá que existe omisión por parte de este y dará derecho a la Empresa para adelantar la revisión, caso en el cual el acta podrá ser firmada por un testigo con nombre y cédula. En el evento de que se detecte alguna irregularidad, se dejará copia de esta acta y además será enviada por correo al usuario.

Puede observarse que son requisitos el acta y de importancia para resolver el problema jurídico planteado:

- *Nombre del usuario, suscriptor o suscriptor potencial*
- *Numero de Identificación del Usuario*
- *Nombre de la persona que atendió la verificación*
- *Si el usuario no asiste o no designa a un representante, se entenderá que existe omisión por parte de este y dará derecho a la Empresa para adelantar la revisión, caso en el cual el acta podrá ser firmada por un testigo con nombre y cédula*

De acuerdo a lo estipulado, es obligación de la empresa realizar revisiones de los equipos de medida o instalaciones cuando lo estime conveniente sin previo aviso al cliente, si bien la reglamentación del sector de Energía y Gas, no tiene un nivel de detalle respecto del paso a paso a seguir durante la diligencia es reiterada la tesis respecto de la constitucionalización del derecho, el respeto a las garantías mínimas del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas, siendo una de las diligencias más importantes de una actuación la práctica de la prueba de visita al predio, la cual podría ser el núcleo estructural sobre el cual se fundamenta la actuación bien sea para un cobro de inspección, recuperación de consumos dejados de facturar, desviación significativa, entre otros. Es por ello que se evalúa con rigor el respeto del debido proceso del administrado durante la actuación.

Reglamentación en Acueducto

La resolución CRA 413 de 2006 en el artículo 12 señala:

> ***"Artículo 12.*** *Derecho a solicitar la asesoría o participación de un técnico en caso de revisiones. En los casos de revisión o retiro provisional por presuntas anomalías no imputables a la empresa, ni generadas por el uso normal de los bienes en la conexión domiciliaria y en el equipo de medida, cambio del mismo y visitas técnicas, los suscriptores o usuarios tendrán derecho a solicitar la asesoría o participación de un técnico particular o de cualquier persona para que verifique el proceso de revisión de los equipos de medida e instalaciones internas. Del concepto del técnico particular, deberá dejarse constancia en acta que se levante para el efecto.*
>
> *Para hacer efectiva esta asesoría o participación, el prestador deberá dar aviso de la visita correspondiente a la revisión o retiro provisional, así como de cualquier visita de carácter técnico, con antelación mínima de tres (3) días hábiles, indicando la fecha y el momento del día, mañana o tarde, durante el cual se realizará la visita.*
>
> *En el caso de visitas técnicas tendientes a la detección de anomalías no imputables a la empresa, ni generadas por el uso normal de los bienes en la conexión domiciliaria y en el equipo de medida o para evitar un perjuicio mayor a los usuarios relacionando con la continuidad y calidad del servicio, el período de antelación al que hace referencia del inciso anterior será de una (1) hora para obtener la asesoría o participación de un técnico.*
>
> *En todo caso, el suscriptor o usuario podrá renunciar a la posibilidad de contar con la asesoría o participación de un técnico, situación que se hará constar por escrito, con la firma del suscriptor o usuario.*
>
> *De igual forma, una vez cumplidos los términos consagrados en el presente artículo sin que el*

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

La norma en cita señala un paso a paso a seguir por parte del funcionario que desarrolla la visita, y los derechos que deben respetarse durante la práctica de la misma señalando de manera expresa aspectos relacionados con la firma del acta de visita, señalando expresamente "*cumplidos los términos consagrados en el presente artículo sin que el suscriptor o usuario haga uso de su derecho a contar con la asesoría o participación de un técnico particular, el prestador podrá realizar la revisión correspondiente y dejará constancia de tal situación en acta que contará con la firma del suscriptor o usuario*" [3], y de igual forma consagra que ante el evento de negación a firmar la visita asimilable a que el usuario abandona la práctica de la misma en el inciso 4 del artículo 13 de la resolución en cita se señala que en la misma deberá ser firmada por dos testigos distintos al funcionario que práctica la visita, así:

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

En el mismo sentido en Circular Externa 006 del 2 de mayo de 2007, relativa al debido proceso dentro del Procedimiento de Defensa del Usuario de Los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, señaló esta superintendencia de manera general los aspectos concernientes al procedimiento que debían seguir las empresas prestadoras de dichos servicios frente a la realización de visitas.

Se señala en el artículo 2.6 de la circular, lo siguiente:

"2.6 ***Visitas de instalación o revisión de medidores y acometidas, y Actas de visita***

Toda visita de instalación, revisión o modificación de las acometidas y de equipos de medida, por el prestador deberá:

- *Ser efectuada por un empleado o contratista del prestador, quien se identificará mediante carné suscrito por el funcionario facultado por el prestador, en el que se precise un número de teléfono del prestador para que el suscriptor o usuario pueda verificar la información.*
- *Dejar registrado lo sucedido durante la visita, en un acta de instalación o acta de revisión del medidor, según el caso, en el que se haga constar el estado del medidor, sus características, el estado de los sellos de seguridad, el funcionamiento del equipo de medida y demás elementos utilizados para la medición o que se dejen conectados para determinar el consumo que se realiza.*

El acta elaborada por el prestador deberá suscribirse por quien realiza la instalación y ***el usuario, suscriptor o su representante, o por quien atienda la diligencia siempre que sea mayor de edad****.*

El acta deberá contener como mínimo los siguientes datos:

- *Fecha de la visita, hora de inicio y finalización de la diligencia,*
- *Características generales de la conexión y de los equipos de medida,*
- *Cantidad y serie de los sellos de seguridad instalados,*
- *Diámetro de la acometida para la conexión de acuerdo al uso del inmueble,*

[3] CONCEPTO 130 DE 2020 (marzo 18) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

- *Lectura inicial del registrador del medidor. Cuando la diligencia implique el retiro del medidor o la reinstalación, se debe señalar cual es la lectura al momento del retiro o de la reinstalación respectivamente,*
- *Datos sobre la propiedad de la conexión y el equipo de medida,*
- *Número de Serie del Certificado de Calibración del medidor precisando el nombre del laboratorio que lo expidió y el número de resolución de acreditación expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio,*
- *Nomenclatura del inmueble,*

- *Nombre y cédula de quien realiza la visita y de quien la atiende,*
- *Observaciones sobre el estado del equipo de medida,*
- *Un espacio para las observaciones de quien atienda la visita.*

El prestador deberá permitir que los comentarios y observaciones del usuario o suscriptor queden debidamente consignados y hagan parte del expediente.

El prestador deberá garantizar que los datos que se consignen en la respectiva acta o informe sean legibles y claros. No se aceptarán tachaduras o enmendaduras; una vez firmada por el usuario o suscriptor, o por quien atendió la instalación, y por el funcionario de la empresa y/o contratista, el original del acta quedará para la empresa y se dejará una copia legible al usuario.

En todo caso, la Dirección Territorial evaluará conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, si la enmendadura o tachadura afecta el valor probatorio del contenido del acta.

En caso de quien atiende la visita se niega a firmar, el funcionario dejará constancia en el acta de tal circunstancia y de los motivos por los cuales no la firma y lo hará firmar de dos testigos diferentes al personal de la empresa, conforme lo ordena la CRA en la Resolución 413 de 2006, articulo 13." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En esta circular se recogen todos los aspectos relevantes y cada uno de los requisitos que debe contener el acta para entenderse como válida, y considerar que se respetó el debido proceso por parte de la empresa prestadora durante la actuación adelantada, siendo uno de los requisitos más importantes que:

- Nombre y cédula de quien realiza la visita y de quien la atiende
- Firma por parte del usuario quien atiende la visita
- En caso de negación a firmar por parte del usuario, se debe dejar constancia de ello en el acta y de los motivos por los cuales no firma, y se hará firmar por dos testigos diferentes al personal de la empresa.

Vemos que se interesa la norma, que una de las garantías fundamentales para el usuario es que la visita de inspección no sea una actuación unilateral de la empresa prestador, si no que de las actuaciones desplegadas durante la misma existan terceros ajenos a la vinculación como funcionarios, o trabajadores o contratistas de la empresa que den cuenta de los hechos o circunstancias contenidos en ella.

III.II DEL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA- FIRMAS DE LAS ACTAS DE VISITA .

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Las empresas de servicios públicos domiciliarios se comportan como autoridad administrativa, al resolver la peticiones quejas y reclamos presentados por los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, enmarcados dentro de la prestación del servicio, y por lo tanto su actuación debe hacerse garantizando los principios y normas que regulan las actuaciones de las autoridades administrativas[4].

El artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el derecho al debido proceso para "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas." El debido proceso administrativo, ha sido entendido por la Corte Constitucional como:

[4]

> "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es entonces (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados."[5]

En especial, el acta de visita, es una prueba documental dentro de la actuación administrativa, que sirve de eje central para fundamentar la misma, por lo tanto, el desconocimiento de los derechos de los administrados en la práctica de la misma conlleva a la vulneración del precitado derecho fundamental, en

específicamente a la vulneración del debido proceso en materia probatoria, entendido este como:

> *"En conclusión, el derecho al debido proceso administrativo en materia probatoria comprende, entre otros, los derechos con que cuentan los asociados a aportar y solicitar pruebas que contribuyan a defender sus posiciones e intereses, a conocer y contradecir las pruebas que se presenten en su contra y a que dichas pruebas sean tenidas en cuenta y evaluadas por la autoridad que conoce el asunto al momento de tomar su decisión. Las actuaciones administrativas vulneran al derecho al debido proceso de los asociados cuando se adoptan excluyendo u omitiendo de manera injustificada piezas relevantes del ejercicio de valoración probatoria desarrollado por la autoridad"*

Las actas de visita, en las cuales constan las verificaciones adelantadas por la empresa, son actuaciones probatorias, en las cuales se plasman circunstancias de modo, tiempo y lugar, en las cuales se encuentran las conexiones o el equipo de medida del usuario, en la misma se describen aspectos estructurales como el medidor encontrado, tipo de medidor, carga instalada, aforos, equipos que generan consumos, estado de ocupación, destinación del inmueble, por lo tanto, la misma se erige como un estandarte de la actuación administrativa de la empresa.

Tal como se indicó en el concepto en de la referencia "L*as actas de visita constituyen una actuación probatoria, sin que la misma sea un acto administrativo, sino meramente la comprobación de la existencia de un hecho que se corroborará mediante las experticias técnicas respectivas y que podrán ser parte de las futuras actuaciones administrativas que se generen con ocasión de las peticiones o reclamaciones que el usuario considere realizar en desarrollo de lo señalado en los artículos 152[8] y 154[9] de la Ley 142 de 1994."*[6]

Sobre el particular y como un punto común en todas las actuaciones desplegadas por las empresas prestadoras, la Superintendencia a determinado lineamiento necesarios a seguir dentro del respeto del debido proceso de las actuaciones administrativas siendo uno de ellos el referido a las visitas de inspección, encontrándose en la regulación para el servicio de Agua Potable y Saneamiento básico como una garantía la firma del usuario, la firma del acta de la visita por el usuario o un testigo, por lo tanto, la firma del acta por parte de un funcionario o contratista de la empresa en calidad de testigo sería vulneratorio del debido proceso.

Ahora bien, si bien en la regulación de energía y gas no existe una norma jurídica o regulación especial que señale que la firma del acta es un requisito de la visita, desde la circular 11 del 2004, si previó estos requisitos dentro del acta, si bien existe libertad en los contratos de condiciones uniformes de este sector para reglamentar el paso a paso a seguir, dentro de cada una de las **VISITAS DE VERIFICACIÓN DE LAS CONEXIONES O CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS DE MEDIDA,** una estipulación en contrario respecto de la firma del acta por un tercero ajeno a la del personal vinculado a la empresa como requisito de validez suficiente, sería vulneratorio del debido proceso del administrado, ya que la constancia de un hecho estaría relegado a la declaración unilateral del funcionario que la realice, y sería aún más gravosa la situación del usuario para afrontar la actuación administrativa con una prueba unilateralmente concedida, de esa entidad procesal, por parte de la empresa prestadora, al respecto se señala:

ENTIDAD DE LA PRUEBA

[5] Sentencia T-796 de 2006. M.C.I.V.H.. SV. N.P.P.. Asimismo, ver Sentencia T-051 de 2016. M.G.E.M.M.. SV. Gloria S.O.D..

[6] concepto 626 de 2019, CONCEPTO 38 DE 2022(enero 24) SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICO DOMICILIARIOS

en ella se persigue con la participación de un tercero distinto de los funcionarios contratistas o trabajador de la empresa para el conocimiento de los hechos, ya que durante la diligencia o visita se realizan apreciaciones sobre personas o sobre cosas, y para tener un visión completa y cierta de los hechos apreciados se requiere de la declaraciones o precisiones que pueda tener el usuario del servicio respecto de lo allí encontrado, es decir que es una prueba que en sí misma se complementa con otros medios de prueba (especialmente con testimonios o con la pericia del técnico que acompañe la visita o con los registros fotográficos o las pruebas técnicas) en el lugar de los hechos, de no tenerse la constancia de la anuencia del administrado o de un testigo, la prueba perdería el mérito o la eficacia que busca, ya que no permitiría desplegar todo el rigo de verificación que con la misma se busca y se desnaturaliza la prueba en si misma, convirtiendose en una declaración por parte de un funcionario que podría generar situaciones de abuso o arbitrariedad, respecto de la relación asimetrica que existe entre la empresa y el usuario.

Por tanto, por la naturaleza de la prueba, se requiere que las actas en donde consta la actuación desplegada se encuentre firmada por el usuario o un testigo, ya que el mérito de la misma depende de ello, donde conste que el usuario está informado de su objetivo, de las actividades a desarrolladas en ella de las persona que realizó la visita , de manera que puedan ejercer en debida forma sus derecho de contradicción.

Al respecto es necesario precisar que si bien, dentro de las actuaciones administrativas que rigen a los servicios públicos domiciliarios existe el principio de libertad probatoria, es decir la prueba de verificación no es una prueba solemne y puede ser controvertida, para el usuario, sería una carga desproporcionada, y un reto, poder controvertir sin tener esos otros medios a través de los cuales se puede desestimar las pruebas practicadas. En el caso concreto la firma del usuario o de un testigo, y la identificación plena del nombre y la cédula, de quien atiende la diligencia distinto del funcionario quien la practica le da mayores garantías al administrado para poder controvertirla, especialmente puede negar que la persona que firmó existe, o que la persona no es capaz, o que lo consignado en el acto es contrario a lo que fue objeto de percepción por parte del testigo o el usuario, o podría ratificar lo allí consignado, es decir se podría atacar la prueba, y no se convierte en una declaración de una realidad unidireccional, respecto de la controversia de la prueba se señaló por parte de la Corte Constitucional, en un problema jurídico atinente al caso de marras[7] , señaló:

"Sin embargo, la S. observa que las entidades accionadas desconocieron que esos documentos constituían solo una parte del material probatorio relevante que obraba en el expediente, máxime cuando una de ellas fue invalidada por la Superintendencia al carecer de los requisitos para ser empleada como medio probatorio. En efecto, en los escritos de sustentación de los recursos que interpuso, el accionante aportó pruebas y expuso situaciones fácticas y de contexto para explicar que las actas de visita "no correspondían a la realidad del caso."[79] Igualmente, expuso lo que consideraba fueron irregularidades en los procesos de visita adelantados por la empresa I.. Ese conjunto de pruebas y situaciones debieron ser valoradas y tenidas en cuenta al momento de determinar la destinación del inmueble en las decisiones administrativas. La omisión en la valoración de pruebas relevantes por parte de las entidades accionadas constituye una vulneración al derecho al debido proceso del accionante, como pasará a explicarse a continuación.

A través de escrito del 13 de octubre de 2020 el accionante interpuso y sustentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación. [80] Manifestó que el funcionario que realizó la visita se limitó a inspeccionar la fachada de su casa y a consignar en el acta de visita el nombre "TALLER RAPI MOTO" que encontró pintado en las esquinas del inmueble, sin averiguar el origen de ese aviso. Agregó que se sintió irrespetado por ese

[7] Teniendo en cuenta lo anterior, la S. deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Las entidades encargadas de resolver los reclamos y recursos presentados en relación con la facturación del servicio público de aseo[48] vulneran el derecho al debido proceso de un usuario cuando fundamentan sus decisiones en las observaciones consignadas en las actas de las visitas realizadas a la empresa prestadora del servicio, a pesar de los argumentos y elementos de prueba expuestos en el trámite administrativo a través de los cuales se cuestionó el contenido de esas actas?

funcionario, quien no le preguntó si ejercía una actividad comercial ni indagó si se anunciaba al público como comerciante o si se encontraba inscrito en el registro mercantil. Explicó que no firmó el acta de visita porque el funcionario no explicó ni dio lectura de su contenido. Finalmente, aportó como prueba copias de los recibos de los servicios de agua y gas, en los que se clasifica al inmueble como de uso residencial.[81]

Además, reiteró que las observaciones consignadas en el acta de visita del 26 de octubre no dan cuenta de la verdadera destinación que se le da al inmueble. En sus palabras: "[e]n la fachada del frente de mi casa tengo la sala que es amplia, la cual tiene una estera como puerta y cuando se alza a simple vista pareciera que cumpliera con actividades comerciales las cuales no se realizan."[83] Explicó que ejerce labores de mecánica de manera independiente al frente de su casa, donde funciona un taller de repuesto de motocicletas llamado AROMOTOS, y aportó fotografías de ese establecimiento. Agregó que en la sala de su vivienda "[l]o único que hago es guardar la(s) motocicletas(s) que no alcanzo a reparar en el día, en razón a que en el taller de repuestos de moto no hay lugar para hacerlo. Por otra parte, detrás de la cortina de mi sala tengo un baño y al lado de este guardo las herramientas básicas para reparar las motociclistas [sic] porque en el lugar donde trabajo no hay espacio para ubicarlas y dejarlas a la intemperie del sitio de labor pueden perdérseme."[84]

Las circunstancias descritas por el accionante, soportadas en los documentos con los que acompañó sus alegatos, buscaban (i) contextualizar a las entidades sobre las labores que ejerce de manera informal para obtener su sustento; (ii) advertir posibles irregularidades o deficiencias en el trámite de las visitas realizadas por I.; (iii) cuestionar la veracidad o precisión de las observaciones contenidas en las actas de visita; y (iv) demostrar el uso residencial que se le da al inmueble.

Nótese que en el caso de marras uno de los aspectos que permiten cuestionar la validez del acta de visita es que las personas que aparecen identificadas en la misma tanto el funcionario como el supuesto testigo en palabras del administrado, no fueron las personas que materialmente atendieron la visita y construye su teoría del caso para controvertir la prueba a partir de estos lineamiento.

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE:

Contratos de condiciones uniformes en los cuales se permita la realización de actas de visita avaladas solo con la firma de los funcionarios de la empresa que practican la diligencia, se convertiría en un clausulado abusivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, y quedaría el usuario en una posición de desventaja violando el principio de igualdad de armas que también debe regir la actuación administrativa[8], ya que sería un reto para el usuario controvertir lo que unilateralmente el funcionario describe dentro de la actuación desplegada, al respecto el ARTÍCULO 133, señala:

"Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o *las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa*;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; ***o lo obligan a comprar más de lo que necesite***;

[8] Si bien el principio es aplicable en materia penal, nada impide su aplicación matizada dentro de las actuaciones administrativas en las cuales hayan bienes relevantes en juego o en las cuales exista relaciones asimetricas y de posición dominante frentea los administrados como una garantía adicional Sentencia de Corte Constitucional C 536 de 2008El principio de igualdad de armas (equality of arms en l536 de a tradición anglosajona y Waffengleichheit en la tradición europea continental) constituye entonces un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente d principio de juicio justo, y hace relación a un mandato el según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, den cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio tro de las a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se pr acusador y el acusado, a favor del pri esenta entre el ente mero y detrimento del segundo de … El principio igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio contradictorio en virtud de esa carga, busca del principio n equiparar la participación en el proceso

133.6. *Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede*;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de *que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería*;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley."

La estipulación dentro de los contratos de condiciones uniformes del sector de energía y gas en los que se avale la realización de las visitas de verificación a los usuario sin su presencia, (Salvo en el sector de gas por temas de seguridad), o que las actas de visitas sean avaladas con la firma del funcionario que la práctica se podrían encajar en la presunción de abuso de la posición dominante ya que la mismas no se encuentran equilibradas y serían vulneratorias de las garantías fundamentales del debido proceso.

ASIMILACIÓN CON LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Guardando las formas y las proporciones la vista de verificación de las instalaciones, conexiones y equipos, como prueba dentro de una actuación administrativa es asimilable a la inspección judicial, reconociéndose acá como una visita o inspección administrativa, tales similitudes encuentran asidero en:

1. En ambas se realiza una verificación o reconocimiento físico de lugares, cosas o documentos relacionados con los hechos o circunstancias que interesan en la actuación.
2. Son pruebas que requieren practicarse para incorporarse
3. En las mismas se pueden incorporar pruebas
4. Ambas constan en actas
5. La percepción de la realidad es en sitio.

Ante estas similitudes se puede llegar a concluir que las visitas de verificación de instalaciones y acometidas deberán cumplir con los requisitos establecidos en la normatividad especial en principio, sin embargo, al existir vacíos normativos se podrían traer de manera matizada la aplicación de los requisitos establecidos en el código general del proceso para la inspección judicial.

"Analizar si las normas que regulan el ejercicio de esta atribución fijan reglas especiales para su desarrollo, caso en el cual deberá observarlas en su integralidad105. Si no existen reglas especiales, pero se encuentran facultadas para el efecto, entonces observarán, en lo pertinente, las disposiciones del CPACA y del CGP."[9]

III. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

CONCLUSIÓN

1. Si existiría vulneración al debido proceso en los casos en que el acta de visita de inspección no se encuentre firmada por el usuario del servicio o por un testigo ajeno a la relación legal, contractual, reglamentaria que existe entre la empresa prestadora y sus funcionarios o trabajadores.

2. Si bien la conclusión en el servicio público domiciliario del sector de Agua y saneamiento básico está soportada por la subsunción lógica normativa, a la misma conclusión se llega en los otros sectores por vía de interpretación, atendiendo a las garantías propias del debido proceso que deben ser respetadas en toda actuación administrativa.

[9] COMUNICACIÓN INTERINSTITUCIONAL Para: Jefes de Oficinas Asesoras Jurídicas de las Entidades Nacionales De: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Asunto: Lineamiento sobre buenas prácticas en el decreto, práctica y valoración de pruebas en actuaciones administrativas Bogotá, D.C, 24 de Enero de 2022.

Atentamente,

_____

CARLOS MAURICIO ALVAREZ RODRIGUEZ
Abogado
T.P. 194.748 del Consejo Superior de la Judicatura.