CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICÁ

Bogotá, D.C., 26 de octubre de 2006

Radicación Número: 25000232400020050127001

Actor: Juliana Peralta Rivera

Referencia: ACU-01270

Acción de Cumplimiento

Se decide la impugnación presentada por el demandante contra la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil cinco (2005), proferida por la Subsección "B" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las excepciones propuestas por la demandada, y se ordenó a la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., cumplir los artículos 146 y 148 de la Ley 142 de 1994, y el artículo 8° del Decreto 2223 de 1996.

ANTECEDENTES

La demanda

La señora Juliana Peralta Rivera, en ejercicio de la acción de cumplimiento previsto por la Ley 393 de 1997, demandó a la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., a fin de que se le ordeno dar cumplimiento a los artículos 365, 367 y 368 de la Constitución Política; artículos 146 y 148 de la Ley 142 de 1994, y el artículo 8° del Decreto 2223 de 1996.

Con el cumplimiento de las referidas normas, la demandante pretende que no se continúe cobrando la contribución con destino al fondo del deporte dentro de las facturas del servicio de teléfono.

Dicha pretensión la fundamenta en los siguientes hechos:

*Dice que la demanda, a partir de abril de 2005, ha venido cobrando una contribución con destino al Fondo del Deporte, a pesar de haber sido suspendido su cobro por el Consejo de Estado.

*Que en respuesta al requerimiento que realizó la demandante para el cumplimiento de las normas citadas como incumplidas, la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., adujo como soporte jurídico para el cobro de la referida contribución el parágrafo 2 del Acuerdo Distrital No. 3 de 1967.

*Que el Acuerdo Distrital es de inferior jerarquía a la Ley 142 de 1994, por lo que no puede ser invocado para desconocerla.

*Que la demandada, contrariando la decisión del Consejo de Estado, no tomó las medidas para que dicha contribución no se siguiera incluyendo en las facturas, sino que además cobró en forma retroactiva lo dejado de facturar durante varios meses.

Actuación Procesal

Mediante auto del veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación a la demandada a quien le concedió el término de tres días para hacerse parte en el proceso y allegar o solicitar pruebas que estime pertinentes (fl. 24).

La entidad demandada, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando: (fls. 117 a 126).

*Que el cobro de la contribución denominada "Fondo del Deporte" se implementó mediante el mecanismo previsto por el Acuerdo No. 03 de 1976 por el cual se creó el Fondo de Desarrollo Popular Deportivo y de Cultura del Distrito Especial de Bogotá, el cual fue modificado por los Acuerdos 11 de 1988 y 21 de 1998 disponiendo en el parágrafo 2 del artículo 4° que la recaudación de la contribución se realizará por el sistema de cobro del servicio telefónico.

*Que la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., en acatamiento de esa norma procedió a cobrar la contribución para el Fondo del Deporte dentro de la factura del servicio público de telefonía, hasta que con ocasión del fallo de una acción de cumplimiento de fecha 5 de agosto de 2004, se le ordenó a la empresa abstenerse de incluir en las facturas el valor del recaudo destinado al Fondo del Deporte.

*Que a partir de la facturación del mes de abril de 2005, y previo concepto de ilegalidad por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se ha hecho uso de un segundo mecanismo de recaudo en el cual el tributo se liquida en forma separada de la factura a modo de desprendible, de manera que la contribución es autónoma e independiente del cobro del servicio público, con lo que no se vulnera la decisión del Consejo de Estado, ni la Ley 142 de 1994.

*Que el Acuerdo No. 03 de 1997, así como los Acuerdos 11 de 1988 y 21 de 1997 son actos administrativos que gozan de presunción de legalidad, por lo que no puede ser desconocido hasta que no sean anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

*Propuso la excepción de cosa juzgada porque existe un pronunciamiento del Consejo de Estado sobre los (sic) la acción de cumplimiento número 25000232500020030210902 presentada por el ciudadano Alejandro Páez Vargas y otros, en la cual se le ordenó a la Empresa de Teléfono de Bogotá el cumplimiento de los artículos 148 de la Ley 142 de 1994, y 8° del Decreto 2223 de 1996.

*Igualmente propuso la excepción que denominó "Cumplimiento de la Ley 142 de 1994 y de la sentencia del Consejo de Estado de fecha 5 de agosto de 2004" reiterando que la nueva forma de hacer el recaudo en el que se hace el cobro de la contribución con destino al Fondo de Deporte no contraria el fallo del Consejo de Estado, ni vulnera la Ley 142 de 1994.

Sentencia Impugnada

Es la dictada por la Subsección "B" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veinticuatro (24) de agosto de dos mil cinco (2005), mediante la cual se negaron las excepciones propuestas por la demandada, y se ordenó a la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., cumplir los artículos 146 y 148 de la Ley 142 de 1994, y el artículo 8° del Decreto 2223 de 1996.

Al estudiar la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada, el Tribunal consideró, que el fallo del Consejo de Estado citado por el apoderado de la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., a pesar de ordenar el cumplimiento de normas de carácter general, limitó los efectos de la decisión para los demandantes de esa acción de cumplimiento, por lo que la sentencia no tiene efectos erga omnes, y por tanto, aquella decisión no constituye cosa juzgada frente a las demás personas que no fueron parte en esa acción, razón por la que el fallo del cinco de agosto de dos mil cuatro proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro de la acción de cumplimiento número 25000232500020030210902 no constituye un impedimento procesal para hacer un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, y en consecuencia, la excepción no prosperó.

Frente a la excepción propuesta por demandada relacionada con el cumplimiento del fallo del Consejo de Estado y la Ley 142 de 1994, el a quo consideró que la misma no constituye ningún impedimento procesal para el pronunciamiento de fondo de este asunto, y por lo tanto tampoco prospero.

En relación con la nueva modalidad de cobro de la contribución con destino al Fondo del Deporte, el fallador de instancia consideró que la misma contraría disposición de carácter general como el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 8° del Decreto 2223 de 1996, toda vez que el cobro de la contribución se está haciendo en la misma factura, y no en un documento anexo, pues si bien es cierto la parte de la factura donde aparece éste cobro se puede separar, los usuarios reciben un solo documento constitutivo de la factura, sin que se encuentre explicación alguna a los consumidores donde se les informe que se trata de un anexo diferente a la factura.

El Tribunal apoyó su decisión en el contenido del Oficio No. 2004-340 suscrito por el Superintendencia de Servicios Públicos Delegado para Telecomunicación, en el cual se le indicó al Gerente de Asuntos Contenciosos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., que el cobro de la contribución con destino al Fondo del Deporte se debe hacer en forma separada y no separable de la factura, dejándole claro al usuario cuales conceptos se refieren a la prestación del servicio y cuales no.

Impugnación

La demandada, dentro del término legal, impugnó la sentencia de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

*Que de conformidad con lo normado por el artículo 7° de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento es improcedente cuando se presenta por hechos que ya hubieran sido decididos en el ámbito de competencia de la misma autoridad, y que en el caso en estudio la actora presentó su demanda por los mismos hechos que dieron origen a la sentencia de fecha 5 de agosto de 2004 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado al fallar la acción de cumplimiento número 25000232500020030210902, razón por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió rechazar la demanda y no pronunciarse sobre el fondo del asunto, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra en trámite un incidente de desacato promovido por uno de los demandantes de la referida acción.

*Que a pesar de que la sentencia del Consejo de Estado reconoció efectos inter partes a la aludida decisión, la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., al determinar que se le ordenó el cumplimiento de normas de carácter general, hizo extensivo la decisión a todos los usuarios absteniéndose de incluir el cobro de la contribución en todas las facturas.

*Que la contribución se está cobrando en un documento anexo adherido a la factura del servicio de manera que no se vulnera ni la ley, ni la providencia del Consejo de Estado, pues el referido cobro no se encuentra involucrado dentro de la factura del servicio garantizando la independencia de los pagos.

*Que no es cierto que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya establecido que el cobro de conceptos ajenos al servicio deba hacerse en forma separada y no separable de la factura.

*Que en las facturas se precisa el valor que se deba cancelar únicamente por el servicio, así como el valor a pagar incluyendo la contribución para el Fondo del Deporte, dando la posibilidad al usuario para que decida la forma de pago independientemente del mecanismo que se use para hacer el pago, esto es, medios electrónicos, sistema de audio, ventanilla, etc.

CONSIDERACIONES

El artículo 87 de la Constitución Política desarrollada por la Ley 393 de 1997, tiene prevista la acción de cumplimiento con el objeto de otorgar a toda persona la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para lograr el cumplimiento de normas con fuerza de ley o de los actos administrativos, frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o de los particulares que los incumplan cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas y sólo para el cumplimiento de las mismas. Al respecto, dentro del desarrollo jurisprudencial dado a dicha normatividad, esta Corporación ha precisado que para que prospere una acción de cumplimiento es necesario que se presente en forma concurrente los siguientes presupuestos: "a. Que la obligación que se pida hacer cumplir esté consignada en ley o acto administrativo, lo cual excluye de su fundamento las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices; b. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad frente a la cual se aboga por el cumplimiento; y, c. Que se pruebe la renuncia del exigido a cumplir, o se pruebe que el cumplimiento se ha pedido directamente a la autoridad de que se trate".

En el asunto bajo análisis, la demandante reclama el cumplimiento de los artículos 365, 367 y 368 de la Constitución Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

"ARTÍCULO 365. 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 razón 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."

ARTÍCULO 367. La Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se presentarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La Ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

"ARTÍCULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas".

De igual manera, la demandante reclama el cumplimiento de los artículos 146 y 148 de la Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", que dicen:

"ARTÍCULO 146. LA MEDICIÓN DEL CONSUMO, Y EL PRECIO EN EL CONTRATO. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que al consumo sea el elemento principal del precio que se cobra al suscriptor o usuario.

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un periodo no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según disponga los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detención el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medio.

La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta ley contiene sobre falta del servicio; entendiéndose que el precio que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplan las formulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan.

En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.

Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para lo que han celebrados convenios con tal propósito.

En todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente ley para elevar los niveles de marco y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3.

PARÁGRAFO. La comisión de regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente ley, reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta ley".

"ARTÍCULO 148. REQUISITOS DE LAS FACTURAS. Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciño a la Ley y al contrato al elaborarlas, como se determinaron y valoraron sus consumos, como se comparan éstos y su precio con los de los períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.

En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario".

Así mismo, la demandante señala como incumplimiento el artículo 8° del Decreto 2223 de 1996 "Por el cual se señalan normas que garantizan la participación activa de la comunidad en el cumplimiento de los compromisos del Pacto Social de Productividad, Precios y Salarios", que dice:

"De los cobros no autorizados. Las entidades que presten servicios públicos domiciliarios, exclusivamente podrán cobrar tarifas por concepto de la prestación de estos servicios y de los otros servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994. En este último evento, previa celebración de convenios con este propósito. En consecuencia las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, no

podrán efectuar cobros distintos de los originados por la prestación efectiva de los mencionados servicios, aunque existan derechos u conceptos cuyo cobro este fundamentado en otras normas de carácter legal".

Se observa que obra en el expediente una solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá (fls. 280 a 294), así como un escrito de impugnación presentado por el apoderado del Instituto Distrital de Recreación y Deporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá (fls. 322 a 337), frente a los cuales oportunamente se pronunció el a quo no accediendo a decretar la nulidad y rechazando el recurso de apelación interpuesto (fls. 344-345), razón por la cual la Sala concluye que no hay lugar a realizar nuevos pronunciamientos sobre ellos.

En el asunto bajo análisis, la impugnación solicita que se revoque la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que no hay incumplimiento de las normas citadas por la demandante, y porque en acatamiento de un fallo de esta Sección el cobro de la contribución destinada al Fondo de Deporte a partir del mes de abril de 2005, se realiza en forma independiente al cobro del servicio utilizando para ello un formato adherido a la factura del servicio.

La Sala en primer lugar, observa que la presente acción de cumplimiento versa sobre objeto distinto de la señalada por la demandada, toda vez que no hay identidad fáctica entre ellas, pues a pesar de que se refieren al cobro de la contribución destinada para el Fondo del Deporte, difiere entre si por la forma utilizada por la demandada para efectuar el recaudo, y por lo tanto no hay lugar a dar prosperidad a la excepción de cosa juzgada. En relación con la excepción fundada en el cumplimiento del fallo de esta Corporación por parte de la demandada, se concluye que no prospera, porque se trata de otra demanda de acción de cumplimiento, con petitum y causa petendi diferente.

Efectuados los anteriores pronunciamientos preliminares, procede la Sala a estudiar el fondo del asunto.

De los preceptos transcritos resulta claro que existe una prohibición del legislador para efectuar cobros en los recibos de servicios distintos a las tarifas por concepto de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a fin de que el usuario cancele el valor de la prestación del servicio exclusivamente sin quedar sometido al constreñimiento para pagar otros conceptos que se le facturen conjuntamente en el mismo documento, para evitar la suspensión o el retiro del servicio. Dicha prohibición es absoluta no obstante que existan derechos o conceptos cuyo cobro esté fundamentado en otras normas.

A folio 11, obra copia de una factura expedida por el Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., donde se aplica la nueva metodología de cobro de la contribución destinada al Fondo del Deporte, en la que se le cobran los conceptos derivados de la prestación del servicio señalados en las condiciones uniformes de

los contratos, y mediante un formato adherido, separable de la factura, se adiciona el cobro de la referida contribución.

En efecto el usuario se le expide una factura con dos valores distintos a pagar, uno sin el pago de la contribución, y otro, donde se incluye el valor de aquella dentro del monto a cancelar, dando así la posibilidad para que el usuario del servicio opte libremente por pagar o no la referida contribución, sin que el no pago de la misma conlleve afectaciones alguna a la prestación del servicio público de telefonía.

Así las cosas, la Sala advierte que con la nueva metodología utilizada por la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB E.S.P., para el cobro de la contribución destinada al Fondo del Deporte no se contraría al mandato imperativo que se deduce de las normas citadas como incumplidas, toda vez que dentro de la factura del servicio público el usuario cancela únicamente los costos relacionados con el mismo, y si lo desea, con el formato adherido puede pagar la factura del servicio y la contribución.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar denegará las pretensiones de la demanda.

En merito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE. La sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil cinco (2005), proferida por la Subsección "B" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

REINALDO CHAVARRO BURITICÁ

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Presidente

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

DARÍO QUIÑONES PINILLA