



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000232400020050132501

Actor: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 27 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda promovida en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones 2814 de 30 de septiembre de 2004 y 8705 de 19 de mayo de 2005, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de las cuales se impone una sanción y se ordena devolver a los usuarios los dineros cobrados en exceso.

I. ANTECEDENTES.

I.1- COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. por medio de apoderado judicial, acudió en demanda ante la jurisdicción contenciosa con el objeto de que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:



“1. Que declare la nulidad de la Resolución 2814 del 30 de septiembre de 2004 expedida por la SSPD.

2. Que declare la nulidad de la Resolución No. 8705 del 19 de mayo de 2005 por medio de la cual la SSPD resolvió el recurso de reposición interpuesto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. contra la resolución citada en el numeral anterior.

3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones demandadas, se restablezca el derecho de mi poderdante, así:

3.1. Se ordene a la SSPD restituir la suma pagada por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por la sanción interpuesta en las resoluciones demandadas, esto es, doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos mil (\$286.400.000) pesos, actualizados indexados a la fecha en que se produzca la restitución;

3.2. Se ordene a la SSPD restituir la suma que, en cumplimiento de las Resoluciones demandadas llegue a devolver COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a los usuarios por el supuesto cobro tarifario excesivo y con ocasión del cumplimiento de las resoluciones demandadas –la cual no se conoce al momento de esta demanda-, o de actuaciones surtidas con fundamento en las mismas, reconociendo el derecho a obtener la indemnización de perjuicios en forma integral tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998”.

Estima la accionante que con la expedición de las resoluciones demandadas la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios desconoció los artículos 29 y 83 de la Constitución Política; 79 de la Ley 142 de 1994; 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002; el literal e del numeral 1 y el literal a del numeral 2.4 del Anexo 006 de la Resolución 575 de 2002.

Desarrolla el concepto de violación con fundamento en los siguientes cargos:



Primer cargo: Falta de competencia de la Superintendencia para imponer sanciones y para ordenar la devolución de dineros cobrados en exceso a los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

Afirma la actora que la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, en adelante **SSPD**, carece de competencia para ordenar, con carácter general, la devolución de los cobros efectuados en exceso. El artículo 79 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, establece las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no incluye dicha atribución.

No puede arrogarse esta facultad cuando los usuarios cuentan con multitud de mecanismos administrativos y judiciales para ello, como lo son interponer reclamos ante las empresas y acudir a las acciones públicas.

Pretender fundamentar una competencia en razones de conveniencia, de practicidad o de orden teleológico no sólo vulnera el derecho al debido proceso, el principio superior de la competencia, el principio de separación de poderes sino también la estructura más elemental del Estado Social de Derecho, por lo que la decisión resulta arbitraria.

La competencia, ha dicho la jurisprudencia, es taxativa y no puede ampliarse a través de reglamento.

Segundo cargo: Violación de la Ley por falta de aplicación del artículo 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002.

Las sanciones y condenas impuestas por la SSPD a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. tienen como fundamento la supuesta violación de la metodología



tarifaria establecida en dicha norma, pero lo que no alcanzó a vislumbrar la SSPD es que durante el año 2004, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. no se encontraba bajo el imperio de dicha normatividad.

Existen tres regímenes tarifarios a saber: i) el régimen regulado de tarifas; ii) el régimen vigilado de tarifas y iii) el régimen de libertad tarifaria.

La metodología establecida en el Anexo 006 corresponde única y exclusivamente al régimen regulado de tarifas lo que significa que cuando una empresa no se encuentra sometida a dicho régimen, la determinación de las tarifas que cobra a los usuarios no tiene que sujetarse a los criterios y a la metodología señalados en dicho anexo.

A partir del 13 de junio de 2003 y hasta el 11 de junio de 2005, estuvo vigente la situación de gravedad inminente en materia de telecomunicaciones. Con ocasión de la supresión y liquidación de Telecom y sus Telesociadas y la entrada en operación de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., por lo que el Ministerio de Comunicaciones consideró que las circunstancias ameritaban una declaratoria de ese tipo para que ésta como nueva gestora del servicio, pudiera garantizar el buen estado de la red, la continuidad en la prestación del servicio y la observancia de los derechos de los usuarios.

Uno de los múltiples efectos que apareja la situación de gravedad inminente es el de la conversión temporal del régimen tarifario, ya que mientras se conserve el estado de gravedad inminente las empresas que han entrado a prestar el servicio en dicha condición, como lo era Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., no se encuentran sometidas al régimen regulado de tarifas –sino al régimen de libertad vigilada-, así lo



dispone el artículo 2.5.4. de la Resolución 575 de 2002; luego la Empresa no tenía por qué sujetarse a la metodología del Anexo 6, y por ende, no se desconocieron las normas endilgadas por la SSPD, pues estas disposiciones ni siquiera le eran aplicables en ese momento. Así, al no haber aplicado el artículo 2.5.4., las resoluciones demandadas adolecen de nulidad.

Tercer cargo: Violación al principio de confianza legítima (Art. 83 C.P.)

El Anexo 006 ha sido objeto de dos interpretaciones, la primera señala que el factor Q sólo debe aplicarse cuando la empresa respectiva ha superado su costo máximo tal como está determinado en el Anexo 005; la segunda, señala que el factor Q debe aplicarse siempre, indistintamente de si se ha superado o no dicho costo máximo e independientemente de cuál de estas interpretaciones sea la adecuada; el hecho de que la SSPD hubiera pasado de la primera a la segunda de manera abrupta e intempestiva implica una violación flagrante al principio de confianza legítima.

En múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han señalado no solamente que el principio de confianza legítima tiene pleno arraigo constitucional en nuestro país, aplica en las relaciones entre los ciudadanos y la administración como pauta fundamental de conducta para preservar la confianza que los primeros depositan en la segunda.

De acuerdo con los lineamientos fijados por la Corte Constitucional, en el presente caso se desconoce el principio de confianza legítima porque desde la entrada en vigencia del Anexo 006 en 1997, todas las empresas del sector de Telecomunicaciones y a partir de 2003, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., interpretaron las normas del Anexo 006 en el sentido de que el factor Q sólo se



aplicaba cuando la Empresa respectiva había superado su costo máximo, es decir que aplicaron de manera constante lo que hemos llamado la interpretación 1.

Esta situación se determinó por la buena fe de las empresas, en particular de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., quienes tenían la convicción basada en razones objetivas, de que la interpretación 1 es la que correspondía a la norma. Conducta que obedecía a que el Gobierno Nacional había liderado esta postura a través de la SSPD. Así se comportó hasta antes que la SSPD expidiera los actos demandados y de manera constante aplicó la interpretación 1. Prueba de ello es el documento de la SSPD denominado *“Evaluación de las Tarifas del Servicio Local de las Empresas de TPBCL y TPBCLE en Colombia -año 2002”* (anexo 14). Igualmente la CRT así lo había sostenido entre otros en el Oficio 402894 de 1º de diciembre de 2002 (Anexo 15).

Es más, desde la expedición del Anexo 006 en el año 2000 y hasta la fecha, todas las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios obraron bajo esta normativa sin que la SSPD las hubiere sancionado o llamado la atención por este hecho.

En estos términos, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. aplicó la interpretación 1 con base en una expectativa legítima de que dicha circunstancia no fuera alterada o variada bruscamente, generándose así una relación basada en la confianza legítima.

A pesar de ello, sin previo análisis sectorial, sin manifestación doctrinal al respecto y sin previa notificación o aviso a las empresas de servicios públicos domiciliarios, la SSPD sostuvo todo lo contrario, a saber, que el factor Q debía aplicarse en todo caso independientemente de si se había superado o no el costo máximo, pasándose así a lo que ha denominado Interpretación 2.



Así la explicación dada por la SSPD durante la actuación administrativa resulta ambivalente y contradictoria y a pesar de que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. demostró que por muchos años la SSPD sostuvo la interpretación 1 y sólo al momento de proferir los actos administrativos se inclinó por la interpretación 2 de manera abrupta bajo dos sofismas: i) los documentos en que la misma había sostenido públicamente la aplicación de la interpretación 1 no eran de carácter general sino que se referían a situaciones concretas y ii) que lo sostenido en dichos documentos había sido descontextualizado. Basta que el más imperito censor lea los documentos citados para comprobar que los mismos tienen un verdadero alcance general y que si alguien los está descontextualizando es la propia SSPD al pretender restarles valor.

En estos términos, contrariando el principio de confianza legítima y el artículo 83 de la Carta, sin previo aviso y contradiciendo su propia historia institucional, la SSPD cambió de criterio en una investigación de carácter administrativo.

Cuarto cargo: Violación del literal a del numeral 1 y del literal e del numeral 2.4 del Anexo 006.

Bajo el supuesto de que la SSPD tuviese competencia en la hipótesis de que el Anexo 006 le fuera aplicable a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., y que no se hubiera desconocido el principio de la confianza legítima, la SSPD no ha aplicado correctamente la metodología tarifaria y, por ende, las resoluciones objeto de la presente demanda no merecen crédito alguno.

La SSPD incurrió en errores de hecho al haber basado toda su investigación en información imprecisa que no corresponde a la que Colombia Telecomunicaciones



S.A. E.S.P. había aplicado frente a los usuarios para determinar las tarifas y por otro lado hizo una errónea interpretación del Anexo 006 y más precisamente del literal e del numeral 1 y del literal a del numeral 2.4 de dicha norma. La SSPD se negó a tomar en cuenta el Reporte 3 que contenía la información sobre las variables que verdaderamente empleó Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. como lo sostuvo varias veces tanto en la Resolución 2814 como en la 8705; la SSPD no tuvo en cuenta dicho reporte, lo que implica que el análisis acerca de que si la Empresa se sujetó a la metodología tarifaria está viciado desde su génesis, al partir de hechos que no corresponden a la realidad.

Ninguna de las razones alegadas por la SSPD justifica el hecho de que la misma hubiese sido renuente a tomar en consideración la información contenida en el Reporte 3: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. nunca ha negado que tuvo problemas de información y por ende no era el ideal haber modificado los reportes, sin embargo, una falta de este tipo debe medirse de manera coherente y proporcional. El hecho de reportar información de manera desordenada puede llegar a generar sanciones administrativas, las propias previstas para este tipo de conductas, como amonestaciones o sanciones menores, pero considerar que la sanción o consecuencia de haber hecho tres reportes es que la SSPD deje de considerar la información que verdaderamente se aplicó frente a los usuarios, resulta totalmente desproporcionado.

La SSPD parece confundir dos materias diferentes, una cosa es la aplicación de la metodología tarifaria para la determinación de las tarifas máximas que pueden cobrar los operadores y otra muy distinta es el reporte de dicha información a las autoridades. Por el cumplimiento o incumplimiento tardío de la segunda no se puede inferir el incumplimiento de la primera. La SSPD parece concluir que por el hecho de que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. allegó al comienzo cierta



información, ella fue la que efectivamente sirvió de base para calcular las tarifas que realmente aplicó frente a sus usuarios y suscriptores, cuando dentro de la misma actuación administrativa se demostró lo contrario, bajo el prurito de restar valor al reporte 3, la SSPD se negó a conocer la verdad.

El hecho de que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. hubiera reportado en un primer momento una información con inconsistencias –Reportes 1 y 2- no puede alterar la realidad ya que la información que sirvió de base para establecer las tarifas frente a sus usuarios y suscriptores, fue la del reporte 3.

En el evento en que la situación fuera contraria a la que según la SSPD se presenta, es decir, que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. hubiera reportado valores menores de los efectivamente cobrados a sus usuarios, podría la empresa alegar que la información a tener en cuenta es únicamente la reportada inicialmente y no la realmente aplicada? Una vez más se ve –y en no haberlo visto fue que erró la SSPD- que la información que debe ser tenida en cuenta es la del Reporte 3.

Así, resulta inexplicable la negativa de la SSPD a considerar el reporte 3, máxime si se tiene en cuenta que para cuando se profirió la Resolución 2814 la entidad ya conocía dicho reporte.

No existe motivo constitucional o legal para que la SSPD se hubiese negado a tomar la información sobre los datos reales contenidos en el Reporte 3. El hecho de que las cifras se modifiquen, corrijan o actualicen en el SUI encuentra fundamento en el artículo 6° de la Resolución 5100 de 2003 y con base en ello, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. mediante oficio núm. 010000-000398 de 30 de julio de 2004 (anexo 16) solicitó autorización para modificar la información del SUI– modificación que corresponde al Reporte 3-, la cual fue avalada por la SSPD el 2 de



septiembre de 2004, antes de que se profiriera la Resolución 2814, mediante oficio núm. 20043310577391 (Anexo 17), lo cual obra en la actuación administrativa. Así que el hecho de que la SSPD se hubiera negado a tener en cuenta el reporte 3 resulta para la actora inconcebible.

Respecto de la errónea interpretación del literal e del numeral 1 y del literal a del numeral 2.4 del Anexo 006 señala que para la SSPD establecer el tope de las tarifas que pueden cobrar los operadores del servicio de TPBCL a sus usuarios, el Costo Máximo debe afectarse por el factor Q – esto es, según la llamada interpretación 2; sin embargo, la SSPD ignora por completo que el mismo anexo señala en el literal a del numeral 2.4 que cuando las empresas no han alcanzado el costo máximo (tal como está definido en el anexo 005 de la Resolución 575), el límite no se establece aplicando el factor Q sino que está determinado por otra metodología que exige al operador no establecer un incremento superior a veinte puntos porcentuales respecto de la factura promedio.

En efecto, si se corrigen los yerros en relación con la información y en relación con la interpretación del Anexo 006, la conclusión inevitable es que, – tal como se demuestra en los anexos citados, ni el cargo primero ni el segundo elevados por la SSPD estaban llamados a prosperar.

Finalmente calcula el perjuicio en la suma de doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos mil pesos (\$286.400.000), debidamente actualizados con el IPC junto con el valor de los dineros que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se viera obligada a devolver en cumplimiento de las Resoluciones demandadas cuya cuantía aún no se conoce.



I.2- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, por medio de apoderada judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

Acepta como ciertos los hechos demostrados en la actuación administrativa que culminó con la Resolución SSPD 8705 de 19 de mayo de 2005 con la cual se agotó la vía gubernativa y desató el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución SSPD 2814 de 30 de septiembre de 2004 que impuso una sanción pecuniaria a la hoy accionante y ordenó de oficio la devolución a todos los usuarios afectados de los mayores valores cobrados.

Respecto de las pretensiones consignadas en el *petitum* de la demanda, se opuso a todas y cada una de ellas, bajo las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

La Resolución demandada señala que de conformidad con la Ley 142 de 1994, corresponde a la SSPD, de manera general, vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a que están sujetos quienes prestan servicios, en particular las relativas al régimen tarifario, dentro del sistema de protección de los usuarios del servicio público domiciliario. Así si la SSPD encuentra un error por la empresa prestadora de servicios públicos al fijar sus tarifas y ese error lesiona injustamente los intereses de los usuarios, la Superintendencia podrá, previo el procedimiento previsto en el artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994, ordenar a la persona prestadora del servicio público la devolución de los dineros cobrados de más, sin que medie necesariamente la imposición de una sanción.



Esta hipótesis es distinta de la prevista en el numeral 32 del artículo 79 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, cuando se trata de una reclamación individual que presenta el usuario por razón de los consumos.

De no poder la Superintendencia emitir orden para la devolución, no tendría sentido el control tarifario ni sería útil si solo sirviera como apoyo para que el usuario sustentara y presentara la reclamación ante la empresa. Carece en estos términos de racionalidad jurídica y práctica tener que resolver las empresas tantos reclamos como usuarios afectados resulten, y otro tanto tendría que hacer la Superintendencia en la instancia de la apelación cuando revisadas las tarifas por el órgano de control se establezca en qué consistió el error y cómo debe ser corregido de manera general a todos los usuarios. Luego la efectiva protección de los derechos de los usuarios derivada del ejercicio de la función de control tarifaria a las empresas de servicios públicos consiste precisamente en que ante una situación irregular, la empresa corrija su conducta conforme a lo que señale el órgano de control y la empresa puede dar las explicaciones que estime pertinentes y se respete el debido proceso administrativo, en desarrollo del artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994, pues de otra manera la función de vigilancia y control sobre todo en materia tarifaria, desprovista de correctivos carecería de fundamento.

En el presente caso no se está frente a la expedición de un acto administrativo como consecuencia de la reclamación de un usuario sino frente a una investigación iniciada de oficio en contra de la hoy demandada, por incumplimiento de la normatividad referente a las tarifas y como consecuencia de ella se detectó que la empresa estaba cobrando más de lo permitido por la ley.



La SSPD no requiere disposición expresa que la autorice, pues ella como lo señaló en los actos acusados, lo que busca es garantizar los derechos de los usuarios y la aplicación de la metodología tarifaria determinada por la CRT.

Limitar las funciones de vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a las facultades exclusivamente sancionatorias, equivale a asumir que este ente, sólo puede detectar conductas mas no corregirlas, teniendo en cuenta que una sanción castiga una conducta, pero no corrige los efectos de ésta.

Respecto de la gravedad inminente, en materia de telecomunicaciones se encuentra reglamentada en el Capítulo V del Título II de la Resolución 087 de 1997, la cual debe ser entendida integralmente y no como lo hizo Colombia Telecomunicaciones al citar parte de un inciso para asumir que la empresa se encontraba en régimen vigilado de tarifas, como consecuencia de la declaratoria de la situación de gravedad inminente por parte del Ministerio de Comunicaciones mediante Resolución 879 de 13 de junio de 2003 y hasta el 11 de julio de 2005.

La situación de gravedad inminente se refiere a una situación temporal que por causas diversas genera un alto riesgo de afectación del servicio, que da lugar a autorizar operaciones temporales que estarán bajo el régimen vigilado de tarifas, para de este modo garantizar la continuidad del servicio.

Durante su vigencia, no se autorizó a Colombia Telecomunicaciones a cambiar o modificar el régimen tarifario, de régimen regulado a régimen vigilado; tampoco hubo pronunciamiento alguno de parte de la CRT, para modificar el régimen tarifario aplicable a Colombia Telecomunicaciones en virtud de la declaratoria de la situación de gravedad inminente; la empresa continuó registrando el formato 14 del Sistema



Único de Información –SIU, Metodología Tarifaria, propio de los operadores sometidos al régimen regulado de tarifas, y no alegó o puso en tela de juicio el régimen tarifario al que estaba sometido a través de los descargos y recursos a los que tuvo derecho como parte del debido proceso que originó las Resoluciones SSPD 2814/2004 y 8705/2005, a través de las cuales se ordenó a la empresa, devolver los dineros cobrados de más.

Del artículo 2.5.4 se tiene que una vez que se establece que el régimen para las autorizaciones es el vigilado, se autoriza igualmente a los operadores autorizados a adelantar labores de facturación y recaudo, lo que pone de manifiesto que de estar referido este artículo a operaciones permanentes, no sería necesario definir explícitamente la posibilidad de adelantar labores de facturación y recaudo, ya que éstas son parte de la continua operación de una empresa de telecomunicaciones.

Por lo anterior, no puede entenderse que Colombia Telecomunicaciones se encontraba en el régimen vigilado de tarifas entre el 13 de junio de 2003 y el 11 de julio de 2005, como erróneamente lo pretende hacer ver.

Respecto de la información que sirvió de base para la expedición de las Resoluciones acusadas, señala la SSPD que su actuar se basó no sólo en la información oficial de la Empresa y la verdad no se revela por el hecho que la Empresa expresa que unas tarifas son ciertas, mientras otras no lo son, como tampoco se debe entender que una actualización de reporte de información implica que ésta es cierta *per se* por el hecho de estar contenida en un reporte más reciente y mucho menos, que una actualización tarifaria mediante una circular posterior, haga que las tarifas que fueron aplicadas anteriormente dejen de ser ciertas.



No es cierto que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya ignorado la información contenida en el documento que la empresa denomina “reporte 3”, ya que tanto en la Resolución 2814 de 2004, como en la Resolución 8705 de 2005, que la confirma, se hace referencia a dicha información. Cosa distinta es que la SSPD decida no utilizarla en sus cálculos, en virtud a que el actuar de la SSPD debe basarse en la información oficial reportada por la empresa en circulares previas y la información registrada en el Sistema Único de Información (SUI) y el hecho de registrar con posterioridad nueva información, no hace desaparecer las tarifas registradas anteriormente ni su cobro a los usuarios.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. alega su propia culpa pues las conclusiones de la SSPD se obtuvieron de la información que la misma empresa ha registrado para efectos tarifarios y de carácter oficial; mal haría la SSPD en ignorar la información registrada previamente por el simple hecho de que la empresa alegue que no es cierta y sin que ésta se encuentre debidamente registrada y certificada como corresponde.

Agrega que el primer cargo elevado contra la empresa depende exclusivamente de la información reportada por la misma, lo que no ocurre para el segundo cargo, donde éste no solo depende de la información, sino también de la mal llamada interpretación de la metodología tarifaria. De tal forma que aún cuando se utilice la información actualizada que ha sido debidamente registrada al Sistema Único de Información y certificada, el cargo 2 se mantiene. La empresa realizó las últimas actualizaciones de la información correspondiente al año 2004 y contenida en los formatos 7 y 13, los días 2 de febrero y 5 de marzo de 2006, lo que pone de manifiesto no solo el continuo incumplimiento de la empresa a los requerimientos regulatorios de información, sino lo inconveniente que resultaría sujetar las decisiones y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a las



actualizaciones de información de parte de las empresas, ya que éstas podían utilizar dichas actualizaciones so pretexto de una exclusión constante de los cargos que la SSPD efectúa sobre ellas.

Finalmente aclara que la orden de devolución de dineros a los usuarios se deriva de manera exclusiva del segundo cargo contenido en la Resolución 2814 de 2004, por cuanto la devolución de dineros tiene sentido ya que fueron cobradas tarifas inherentes a un costo superior al costo máximo de referencia.

Respecto de las consideraciones de la metodología tarifaria planteadas por la accionante, señala que la interpretación de la metodología tarifaria siempre ha sido la misma y por tanto no se configura la violación del principio de la confianza legítima.

En primer lugar, la metodología tarifaria ordenó la aplicación de las tarifas con base en el costo medio de referencia (CMref) y por ende, aplicando el factor Q desde su misma expedición. La denominada interpretación 1 es una interpretación que la misma empresa hace con fundamento en unos documentos publicados por la SSPD y de un comunicado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) que no pretendían explicar la metodología tarifaria sino entender dichos pronunciamientos como un concepto, razón por la cual la Empresa descontextualiza su verdadero sentido.

De otra parte, en relación con la interpretación que la Empresa realiza del anexo 006 de 1997, la Resolución 087 de 1997 regula de forma integral los servicios de TPBC y contiene en sus anexos 005, 006 y 007 la metodología tarifaria en discusión. En desarrollo de dicha metodología se expedieron las Resoluciones 099



de 22 de diciembre de 1997 y 172 de 13 de septiembre de 1999, compiladas posteriormente por la Resolución 575 de 2002.

La Resolución 099 de 1997, permite indicar que la metodología tarifaria desde sus inicios ha señalado el costo medio de referencia (CMref) como parámetro para fijar las tarifas y no el costo máximo (CM) como lo pretende la empresa.

Igualmente el artículo 1.2 pone de manifiesto explícitamente que las tarifas se aplican con base en el Costo Medio de Referencia (CMref). Posteriormente a través de la Resolución 172 de 1999, la CRT introduce el factor de calidad Q en las fórmulas tarifarias.

La interpretación 1 es como se mencionó una interpretación de la empresa y no un pronunciamiento acerca de la metodología tarifaria. La empresa ha interpretado que el factor Q, sólo aplica para las empresas que han alcanzado el Costo Máximo, es decir que se aplicaría en el entendido de que la empresa cobre a sus usuarios cargos fijos y variables que coincidan exactamente con el valor de CM información que soporta la empresa en el análisis equivocado que hace del documento *“Evaluación de las tarifas del servicio local de las empresas de TPBC en Colombia – Año 2002”* por cuanto en dicho documento se sostiene que cuando las empresas han aplicado el costo máximo establecido por la regulación éste deberá ser afectado por el factor de ajuste de calidad –Q y agrega que al ser la ETB el único operador que se encuentra en el 100% de su costo máximo ha tenido que realizar incrementos en la factura promedio por debajo de la inflación, esto como consecuencia del resultado de calificación del factor Q que ha presentado la empresa en los últimos dos períodos.



Si bien es cierto, de tales afirmaciones se podría generar remotamente la interpretación 1, ello no implica que esa haya sido la posición de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, frente a los incumplimientos de la metodología tarifaria o que dicho documento conceptúe o altere de algún modo, lo dispuesto en la regulación.

La hipotética confusión que pudo haber ocasionado el documento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia Telecomunicaciones no es excusa para que ésta haya aplicado de manera distinta la metodología tarifaria establecida en el Anexo 006, razón por la que la Empresa descontextualiza el documento de la superintendencia al anteponer lo que en él se dice a lo dicho en los conceptos de la CRT, sobre la misma regulación e ignora que en el mismo documento se afirma que las tarifas deben ceñirse a la fórmula: $Fd = CMREF - Cx$, que incluye el CMREF y por ende, el factor Q, ya que $CMREF = CM * Q$.

Finalmente observa que el Anexo 006, una vez define los parámetros involucrados en las fórmulas expone la metodología para determinar las tarifas del estrato 4, es decir Cx (Cargo de conexión) Cf (Cargo fijo) y Cc (Cargo por consumo). Agrega además que no es posible llegar al Cf, del cual se deduce el Cc, sin haber utilizado el CMREF, el cual incorpora el valor Q, luego obrar bajo la denominada “interpretación 1” es imposible, ya que no existe ninguna fórmula que vincule al CM con las tarifas sin tener que haber aplicado el factor Q para obtenerlas.

Frente a este aspecto la empresa ha argumentado que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ha ignorado el numeral 2.5.4, que establece expresamente que *“a. la factura promedio ponderada de la empresa no podrá exceder en 20 puntos después de descontada la meta de inflación con respecto a la*



factura promedio ponderada del año anterior, solo para aquellas empresas que no hayan alcanzado el Costo Máximo –CM permitido.”

La empresa frente a esta observación descontextualiza nuevamente la metodología tarifaria al aplicarla de manera fraccionada, ya que es claro que si aun cuando el operador aplica la metodología tarifaria, las tarifas obtenidas conducen a un incremento superior al 20% descontada la inflación, entonces sólo podrá aplicar los cargos Cf y Cc que como máximo llevan a dicho incremento.

Se debe entender entonces, que la intención de esta norma es la de proteger al usuario de alzas superiores al 20% más la inflación, durante el proceso de rebalanceo tarifario (es decir mientras los operadores se encuentren debajo de su costo máximo), no al contrario, como plantea la empresa de autorizar incrementos del 20% más la inflación hasta tanto se alcance el CM ya que si esto fuese así no habría necesidad de aplicar los numerales 2.1, 2.2 y 2.3, lo que conduciría al absurdo de que la interpretación de la empresa hace que se hagan inaplicables los citados numerales, hasta tanto no se alcance el CM, la llamada interpretación 2 no conduce a tal imposibilidad.

I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1.- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

La **SSPD** reitera los argumentos de la contestación de la demanda relacionados con la falta de competencia de la entidad, para señalar que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilar y controlar las disposiciones relativas a la aplicación del régimen tarifario por las empresas prestadoras de servicios, en aras de la protección del usuario.



Así, cuando encuentra que una empresa de servicios públicos incurrió en error al fijar sus tarifas y ese error lesiona injustamente los intereses de los usuarios, la Superintendencia podrá, previo el procedimiento previsto en el artículo 106 de la Ley 142 de 1994, ordenar la devolución de los dineros cobrados de más, sin que medie necesariamente la imposición de una sanción.

Así, concluye que la efectiva protección de los derechos de los usuarios derivada del ejercicio de la función del control tarifario a las empresas de servicios públicos, carece de contenido jurídico si no se emite orden de devolver lo cobrado en exceso.

En relación con la metodología tarifaria planteada por la actora y supuesta afectación del principio de la confianza legítima, señala que la hipotética confusión a que alude la empresa no la pudo ocasionar el documento de la SSPD, pues el mismo no facultaba a la empresa a aplicar de manera distinta la metodología tarifaria prevista en el Anexo 006, que señala que las tarifas deben ceñirse a la fórmula $Fd = CMREF - Cx$, que incluye el CMREF y por ende, incluye el factor Q, en donde $CMREF = CM * Q$.

1.3.2. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Reitera los argumentos de la demanda, afirma que no es cierto que la única forma de hacer efectivos los derechos de los usuarios frente al régimen tarifario es permitir que la Superintendencia se arrogue una facultad que no tiene.

Asumir que los operadores puedan incurrir en desviaciones tarifarias para obtener un beneficio indebido, a sabiendas de que el beneficio “paga” las eventuales sanciones que se le puedan imponer por la autoridad de control, es asumir la mala



fe por parte de los operadores, lo que contraviene claros principios constitucionales, vicia de falsa motivación los actos demandados y hace patente que la finalidad de la orden de devolución fue sancionatoria, facultad con la que no cuenta la Superintendencia.

En el presente caso no se discute ni se juzga la legalidad, motivación, o duración de la situación de gravedad inminente que vinculó al operador del servicio para entrar a prestar el servicio con todas las posibilidades que da la situación de gravedad inminente que en el presente caso vinculó a las operaciones necesarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio y en esa medida la Empresa recibió las autorizaciones correspondientes que la Superintendencia dice que no tenía y que no se otorgaron por la Resolución 879 de 2003; tampoco se requerían las expresas modificaciones del régimen tarifario que reclama la Superintendencia, sino que ellas se generan como consecuencia de la existencia misma de los actos administrativos que declaran la situación de gravedad inminente y el hecho de que la Empresa no haya mencionado durante el trámite de la vía gubernativa que su régimen tarifario no era el regulado sino el vigilado, en nada desdibuja el argumento.

En relación con la pretendida descontextualización de los documentos mencionados por la defensa, recuerda la Empresa que ambos documentos contienen análisis generales aplicables a todo el sector de telecomunicaciones y más exactamente, explicaciones sobre la manera de interpretar y aplicar el régimen tarifario; no hay tal descontextualización sino la asunción de una posición por parte de la Superintendencia y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la primera lo hace en un estudio sectorial del año 2002 presentado en marzo de 2003 y la segunda en una de las Comisiones ante el Congreso de la República en diciembre de 2002 y el oficio remitido a EMCALI por la CRT, lo cual solo muestra que hubo un cambio en la posición de la entidad.



La demanda no discute la existencia del CMREF pues se trata de un referente necesario y cualquiera de las dos interpretaciones conserva para el usuario la garantía de que las tarifas no se incrementarán en más de veinte puntos por encima de la inflación a partir de la base que se obtenga, pero si es importante para este proceso que la regla de juego no se cambie y se aplique de manera retroactiva.

En el caso de Colombia Telecomunicaciones al no haber alcanzado el costo máximo no existía la obligación de afectarlo por el factor de calidad Q, por tanto, el CMref es idéntico al CM. Las demás disposiciones del Anexo 006 se cumplen a cabalidad y luego de establecer que el CMref es igual al CM (lo que implica que si es posible establecer el CM sin necesidad de aplicar el factor Q), se pasa al numeral 2.3 en donde se determinan los cargos fijos y de consumo.

El resto de las restricciones impuestas se cumplió a cabalidad como la limitante que dispone que la factura promedio ponderada de la empresa no puede exceder en 20 puntos después de descontada la meta de inflación con respecto a la factura promedio del año anterior.

En relación con la violación del literal a del numeral 1 y del literal e del numeral 2.4 del Anexo 6 de la Resolución 87 de 1997, la Empresa presentó a la entidad de control una serie de datos con base en los cuales habría aplicado las tantas veces mencionadas fórmulas tarifarias para determinar los niveles de ajuste tarifario en los diferentes mercados en los que opera. Antes de la expedición de la Resolución 2814 de 2004, la Empresa corrigió la información y la puso en conocimiento de la Superintendencia, pero ésta no la tuvo en cuenta y por ello, con base en la información que sabía era inexacta, llegó a determinar que hubo una violación al régimen tarifario.



La información correcta no solo fue puesta en conocimiento de la Superintendencia antes de la expedición del acto sancionatorio, sino que la Empresa perfectamente hubiera podido corregirla con la presentación del recurso de reposición, momento procesal en el cual también hubiera resultado pertinente. Como lo que existió fue una inconsistencia en las informaciones entregadas a la Superintendencia se ordena la devolución de dineros a los usuarios causando a la Empresa perjuicios que superaron los dos mil millones de pesos.

La Superintendencia al negarse a tener en cuenta los datos correctos allegados al proceso administrativo, la investigación administrativa y la sanción, así como la orden de devolución de dineros a los usuarios, se refieren a una presunta infracción del régimen tarifario que habría afectado a más de una docena de los mercados en los que actúa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. al momento de dar cumplimiento a la orden de devolución, aun aplicando los errados cálculos de la Superintendencia, sólo fue necesario hacer devoluciones a los usuarios de la Empresa en dos mercados. Allega oficio remitido a la Superintendencia comunicándole que la orden de devolución fue cumplida.

La Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. demostró en el trascurso del proceso que no existe norma que faculte a la Superintendencia para ordenar la devolución de dineros de manera general y abstracta, sino que esa facultad se limita a los casos en que debe atender los recursos de apelación que formulan los usuarios y desconoce no solo su competencia sino además que la facultad sancionatoria requiere expresa consagración legal.

La Empresa acreditó que existió una situación de gravedad inminente, con las consecuencias que ella genera, en particular el régimen tarifario aplicable, el de



libertad vigilada y no el régimen regulado, por cuya supuesta infracción la Superintendencia impuso sanción pecuniaria y ordenó hacer devolución de dineros a los usuarios; sin embargo, la Superintendencia a pesar de estar obligada a vigilar la aplicación de los actos administrativos que declararon la situación de gravedad inminente, los desconoce y califica la situación de “supuesta”, pero no se ocupa de probar que hubiesen sido declarados ilegales o que hubieran perdido su eficacia jurídica por algún otro medio.

I.4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “C”, en descongestión, en sentencia de 27 de febrero de 2012, dispuso negar las pretensiones de la demanda y negó la condena en costas.

El Tribunal de instancia desestimo las pretensiones y los cargos de la demanda relacionados con: i) Falta de competencia de la Superintendencia para ordenar la devolución de dineros cobrados en exceso a los usuarios del servicio de telecomunicaciones; ii) Violación de la ley por falta de aplicación de los artículos 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002; iii) Violación al principio de la confianza legítima (art. 83 C.P.) y, iv) violación del literal a del numeral 1º y del literal e del numeral 2.4. del Anexo 006.

En relación con el primer cargo, considera el Tribunal que al ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado, éste debe asegurar su prestación efectiva de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política y la ley, particularmente lo dispuesto en los artículos 370 de la C.P., 2º y 79 de la Ley 142 de 1994.



Resulta claro que la Superintendencia Delegada ejerció sus facultades al expedir los actos acusados y respecto de la orden impartida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios relativa a la devolución de los dineros cobrados de manera excesiva, se realizó en aras de proteger los derechos de los usuarios, conforme lo establece el numeral 2.1. del artículo 2º de la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En relación con la presunta violación de la ley por falta de aplicación del artículo 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, consideró el Tribunal que esta norma debe analizarse en su contexto y no de forma aislada, como lo pretende la parte actora, pues además de referirse al régimen tarifario aplicable en estado de gravedad inminente, contempla los requisitos para que ella subsista, es decir exige que la gravedad inminente sea declarada por el Ministerio de Comunicaciones y posteriormente autorizada de manera formal, lo que significa que para que la Empresa Colombia Telecomunicaciones pueda aducir incursión en estado de gravedad inminente, ésta no solo debe estar declarada por el Ministerio de Comunicaciones sino que debe estar previamente autorizada por éste, de lo contrario, no puede arbitrariamente ampararse en la aplicación del artículo 2.5.4 relativo al régimen tarifario para cambiarse al régimen de libertad vigilada.

Agrega que se acreditó en el proceso el estado de gravedad inminente declarado por la Ministra de Comunicaciones mediante Resolución No. 0879 de 13 de junio de 2003, cuya terminación se dio a través de la Resolución 1503 de 11 de julio de 2005, pero no obra en el plenario autorización expedida por el Gobierno Nacional en la que se establezca que Colombia Telecomunicaciones se encontraba autorizada temporalmente para prestar el servicio de TPBC utilizando para el efecto cualquiera de las redes del Estado y acogiéndose al régimen de libertad vigilada, luego la



Empresa no se encontraba legalmente autorizada para cambiarse al régimen de libertad vigilada y aún en estado de gravedad inminente debía continuar aplicando el régimen regulado de tarifas, por lo que el cargo alegado no se probó.

En relación con la violación al principio de la confianza legítima, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional éste se fundamenta en la protección del ciudadano frente a los cambios de postura de la administración, siempre y cuando se trate de una situación de la que se tenga el pleno convencimiento que está consolidada legalmente.

En el presente caso, estima el Tribunal que la Resolución 087 de 1987, no ofrece posibilidades de duda sobre su aplicación, debe tomarse en su sentido integral y no de manera independiente o por acápites, ya que conforme al principio de integralidad de la norma, ésta debe interpretarse de forma coherente con el carácter unitario de todo texto que la contiene.

Pretende la empresa que únicamente se ajuste el valor Q para aquellos operadores que alcancen el costo máximo fijado por la regulación, cuando la norma no distingue, por el contrario, la misma disposición señala que el régimen de tarifas es aplicable a todos los operadores del servicio de Telecomunicaciones conforme las normas vigentes, con el objeto de establecer los criterios, parámetros y metodologías para el cálculo y/o fijación de las tarifas de los diferentes servicios y orientar las tarifas a costos eficientes para la protección de los usuarios, promover la sana competencia y el desarrollo y eficiencia del sector e incrementar la cobertura y el servicio universal.

El anexo 006 de la Resolución 087 de 1997, modificado por la Resolución 253 de 2003, se refiere a los factores que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas de TPBCL donde el factor Q hace parte de uno de los



parámetros para establecer dicho valor (COSTO MEDIO DE REFERENCIA CMref), sin importar si excede o no el costo máximo, es decir la norma no excluye el valor Q en ningún caso, incluso siempre debe establecerse para poder obtener los demás valores, por lo que no debe extenderse más allá del contexto en el cual se encuentra, luego no se ha vulnerado el principio de la confianza legítima.

En relación con la vulneración del literal a del numeral 1 y numeral 2.4 del literal e del Anexo 006, conforme con lo establecido en el trámite administrativo y que no fue desvirtuado por el demandante en vía judicial, la Empresa Colombia Telecomunicaciones *“superó en todo caso el tope máximo del 50% frente a las tarifas aplicadas en el primer semestre de 2004”* por lo que no le es aplicable el artículo antes enunciado, que opera solo para las empresas que no hayan alcanzado el costo máximo permitido, luego asiste razón a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al afirmar que se trata de una protección al usuario, para que la tarifa no exceda el monto pero que únicamente ocurre cuando no se ha alcanzado el costo máximo permitido.

Si lo que pretendía la accionante era demostrar la inexactitud sobre la información tomada como base para proferir la decisión administrativa en cuestión, debía solicitar las pruebas conducentes para desvirtuar aquella información remitida por ella inicialmente y no únicamente allegar nuevos datos que variaran la información, porque contrario a aportar nuevos elementos de juicio, deja entrever que la Empresa venía incumpliendo con la obligación de suministrar la información necesaria para determinar las faltas que se le atribuían, al punto que la información no se reportó de manera completa y veraz, con incumplimiento de los requerimientos de la Superintendencia y tampoco solicitó dictamen técnico alguno que desvirtuara lo dicho por la entidad de control.



I.5. El recurso de Apelación

Manifiesta la parte actora su inconformidad con la sentencia de instancia en los siguientes términos:

Primer Cargo: Falta de competencia de la Superintendencia para imponer sanciones y para ordenar la devolución de dineros cobrados en exceso a los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

Cuando la SSPD ordenó a Colombia Telecomunicaciones devolver los supuestos cobros excesivos a todos los usuarios, obró fuera de su órbita de competencia, dando lugar a una vía de hecho y vulneró el debido proceso de la Empresa.

El artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, establece las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y dentro de las múltiples funciones asignadas a esta Entidad, la ley no incluyó la de ordenar, con efectos *erga omnes* la devolución de los dineros que los usuarios hayan pagado en exceso, por el contrario, lo que ha hecho el legislador es limitar esta facultad a aquellos casos en que un usuario concreto ha interpuesto un recurso de apelación ante tal autoridad, como expresamente se lee en el numeral 31 de la referida disposición.

La SSPD quiso derivar la competencia para ordenar la devolución del supuesto cobro excesivo del numeral 1º del citado artículo y de una interpretación amplia de la norma.

No es cierto que limitar la devolución al caso concreto que resuelve la apelación resulta poco práctico, al contrario, solamente así se puede establecer el verdadero



valor que se debe devolver y corresponde a la empresa analizar uno a uno, cada caso en particular. Cualquier otra metodología para analizar el valor que supuestamente debe devolver resulta imprecisa e injusta, pues conlleva a que la Empresa incurra en un pago de lo no debido, si devuelve más o en un enriquecimiento sin causa si devuelve menos.

Luego ninguno de los argumentos que utilizó la **SSPD** para arrogarse la competencia que se discute tiene verdadero fundamento, lo cual en el fondo es irrelevante, pues en materia de competencia la atribución de facultades tiene que estar expresamente prevista en la Constitución Política o en la ley y si algo es claro es que ni la norma superior, ni la Ley 142 de 1994 le confirió a la **SSPD** competencia para esos efectos.

En este caso la competencia se fundamenta en argumentos de conveniencia, de practicidad o de orden teleológico, lo cual no solo vulnera el derecho fundamental al debido proceso, el principio superior de competencia sino que resulta de la más peligrosa arbitrariedad. Esta tesis abre un boquete para que, según su capricho, las autoridades se arroguen todo tipo de competencias socavando la legalidad de su actuación y todo el ordenamiento jurídico, así lo ha sostenido incluso la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 12 de septiembre de 1996, expediente 3552 con ponencia del Magistrado Juan Alberto Polo Figueroa.

Con fundamento en esta sentencia el Consejo de Estado declaró nulo el Decreto 548 de 1995, porque pretendió ampliar las facultades otorgadas a la SSPD por la Ley 142 de 1994. Este Decreto pretendía otorgarle a la SSPD la facultad de señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo a favor de los usuarios, bajo el pretexto que la SSPD tiene la facultad para imponer sanciones por la ocurrencia del silencio administrativo positivo, también las tenía para el



procedimiento en mención. Así las cosas, si no es posible ampliar las facultades de la SSPD por medio de reglamento, mucho menos podrá hacerlo la propia entidad a través de una interpretación normativa.

Segundo cargo: Aplicación incorrecta de la metodología tarifaria, que en la demanda el actor propuso en el segundo y cuarto cargos.

El segundo error en que incurre la SSPD, en criterio del apelante, es considerar que aplicó correctamente la metodología tarifaria, pues de una parte afirma que la Empresa no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados por no solicitar un dictamen pericial que permitiera verificar los hechos aducidos en la demanda respecto de la consolidación errónea e incompleta de la información suministrada a la SSPD, y por la otra, avaló la errónea interpretación del literal e del numeral 1 y del literal e numeral 2.4 del anexo 06 que ésta hizo.

Respecto de lo primero, se incurrió en incongruencia entre lo fallado y lo que era materia de discusión, porque la sentencia concluyó que debía probar una situación que no era objeto de discusión; pues tal como se probó con la demanda (anexo 17), la SSPD a través del Oficio No. 20043310577391 de 2 de septiembre de 2004, avaló la modificación de la información reportada al SUI por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. mediante el denominado reporte 3, es decir no había discusión en cuanto a que ésta era la información depurada.

Igualmente al haberse probado dentro del proceso el estado de gravedad inminente, se justifican las causas de fuerza mayor que se presentaron para enviar la información oportunamente.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., contra la sentencia de 27 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda promovida en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1. Los actos acusados

Los actos administrativos demandados, que por su extensión no se transcriben, sin perjuicio de que se haga referencia a su contenido dentro de esta providencia, se encuentran contenidos en las Resoluciones SSPD 2814 de 30 de septiembre de 2004, *“Por medio de la cual se impone una sanción a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.”* y 8705 de 19 de mayo de 2005, *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la sanción 002814 del 30-09-04 de la Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.”*. expedidas por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios Delegado para Telecomunicaciones, en ejercicio de las funciones delegadas por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución 007605 de 23 de mayo de 2002, por la Ley 489 de 1998 y por el Decreto 990 de 2002.

2.- Cuestión previa

Sea lo primero reiterar por la Sala que según lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el



superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.

En estos términos, la Sala analizará los cargos planteados por la parte actora en la sustentación del recurso de apelación y que se encuentran de acuerdo con lo pedido por ésta en el libelo de la demanda.

La empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, fundamentó su disenso con la sentencia de instancia en los dos siguientes cargos:

Primer Cargo: Falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer sanciones y ordenar la devolución de dineros cobrados en exceso a los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

El recurrente manifiesta que su inconformidad con la sentencia de instancia radica en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios carece de competencia para imponer, de un lado, sanción de carácter pecuniario a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y, de otro, para ordenar devolver los mayores valores cobrados a los usuarios del servicio, éste último aspecto por cuanto el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 limitó el reintegro a aquellos casos en que un usuario ha interpuesto un recurso de apelación en los términos de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, ante tal autoridad, y no como resultado de una investigación administrativa oficiosa por supuesto incumplimiento normativo.

(i) Facultad sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD



El artículo 334 de la Constitución Política establece que el Estado intervendrá por mandato de la ley, entre otros, en los servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Por su parte, el artículo 365 *ibídem*, dispone que el Estado deberá mantener la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, en procura de garantizar el mejoramiento continuo en la prestación de dichos servicios y la satisfacción del interés social, teniendo en cuenta que los mismos son inherentes a la función social del Estado.

En el marco de lo anterior, el artículo 370 supra le encomendó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el ejercicio de dichas funciones respecto de los sujetos que prestan los servicios públicos domiciliarios, para el caso de autos el de telecomunicaciones.

En coherencia con ello y de conformidad con las prescripciones de la Ley 142 de 1994, la referida Superintendencia se creó como un organismo de carácter técnico que ejerce funciones de policía administrativa por delegación del Presidente de la República, las cuales, como lo ha sostenido esta Sección¹, implican el ejercicio de una potestad de mando y corrección. La primera referida a propender por la garantía en la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, en términos de continuidad, oportunidad, calidad, entre otros; y la segunda, como expresión propia de la intervención estatal, entendida como la obligación de actuar ante la violación de la ley y los actos administrativos que regulan la actividad antes referida.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 7 de septiembre de 2000. Magistrada Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Rad.: 6214.



Cabe resaltar que la inspección, vigilancia y control, viene dada para su realización desde el mismo momento en el cual se inicia la actividad en la prestación del servicio hasta su extinción, cualquiera que sea la razón de la misma. De esta manera, la jurisprudencia² ha expuesto que *“la sujeción a dicho régimen especial, ha sido entendida (...) como la contrapartida necesaria frente a los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y, como herramienta de la intervención estatal orientada a controlar que la relación jurídica entre el usuario y la empresa cumpla el cometido que se concreta en el derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación”*.

En lo relativo a la potestad de corrección, el legislador en el artículo 79, numeral 1º de la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, consagró la función de vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones a través de las cuales se regula la prestación de los servicios públicos, en cuanto que se afecte en forma directa e inmediata a los usuarios, y en el artículo 81 *ibídem*, facultó a la entidad a la imposición de las sanciones por las violaciones del citado régimen. Las referidas normas disponen a la letra lo siguiente:

“Artículo 13. *Modifícase el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:*

“Artículo 79. Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos.

² *Ibídem*.



Son funciones de esta las siguientes:

1. **Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos** a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; **y sancionar sus violaciones**, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad”.

“Artículo 81. Sanciones. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

(...)

81.2. **Multas** hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia. Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Las multas ingresarán al patrimonio de la Nación, para la atención de programas de inversión social en materia de servicios públicos, salvo en el caso al que se refiere el numeral 79.11. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución”.

Observa la Sala como en el marco de protección de los derechos de los usuarios y en aquellos eventos en los cuales los mismos han resultado afectados, el legislador le otorgó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades especiales vigilancia y control, además de plenos poderes sancionatorios por la violación o desconocimiento del ordenamiento jurídico en materia de servicios



públicos, todo lo anterior en el marco de actuación de lo dispuesto para el ejercicio y ejecución de sus competencia y funciones misionales.

Cabe resaltar que la potestad sancionatoria implica la existencia de un procedimiento previo que respete el derecho de defensa y contradicción y que como resultado del mismo se llegue a la imposición de medidas en el marco del derecho de “*punción*” o “*castigo*”.

Sobre el particular, resulta pertinente recordar que esta Sección³ de manera reiterada se ha referido a ello en los siguientes términos:

“Respecto de la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para imponer la sanción cuestionada, al tenor de lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 142 de 1993, se tiene que:

“Artículo 79. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. (Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001). *Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios públicos. Son funciones de ésta las siguientes:*

“1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad”. (Subraya la Sala)

Entonces la entidad demandada sí puede imponer sanciones a la empresa que incumpla las normas que gobiernan la

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de junio de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Martha Sofía Sanz Tobón. Rad.: 2003 - 1132.



prestación del servicio público domiciliario y como ya se vio, la empresa demandante infringió su obligación legal de dar respuesta oportuna a las peticiones que le fueron formuladas por los usuarios o suscriptores de la empresa y todas las peticiones estaban relacionadas con el servicio que ésta les prestaba, como se deduce de los documentos allegados al expediente; tampoco reconoció los efectos del silencio administrativo, lo cual debió ocurrir, al tenor de lo dispuesto por el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995 que dispone que si dentro de las 72 horas siguientes al vencimiento del término de los 15 días hábiles la entidad prestadora del servicio no ha reconocido los efectos del silencio administrativo positivo, la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios impondrá las sanciones a que haya lugar conforme a la ley.

La actora no desvirtuó los cargos señalados como le correspondía de conformidad con el artículo 177 del C de P.C., bien sea con la respectiva copia de la respuesta oportuna a los usuarios, o con la comunicación al peticionario o quejoso de su demora en contestar a la solicitud, la duración del periodo probatorio, las pruebas a practicar y el término que tardaría en resolver la petición; tampoco probó que reconociera el silencio administrativo positivo.

*El incumplimiento de las obligaciones legales genera perjuicios a los usuarios determinados que aparecen individualizados con su respectiva línea telefónica en la resolución sancionatoria, toda vez que la prestación oportuna y eficaz del servicio a cargo de la empresa demandante involucra la respuesta dentro del término legal, a las peticiones, reclamos y quejas que se deriven del servicio, las cuales, para el presente caso, aparecen radicadas en el expediente; **se cumplen entonces los supuestos normativos que fijan la competencia de la demandada para imponer las sanciones respectivas**" (Negrillas fuera de texto).*

En este contexto, no le asiste razón a la recurrente, en cuanto consideró que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tenía competencia para imponer una multa a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. por la infracción de los literales e) del numeral 1 y c) del numeral 2.3 del Anexo 006 de la Resolución 575 de 2002, toda vez que tal potestad encuentra fundamento y se circunscribe a la ley.



(ii) Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD para ordenar la devolución de los cobros no autorizados.

Sobre la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para ordenar la devolución de los cobros efectuados en exceso, estima la Sala que no son de recibo los argumentos expuestos por la recurrente, por cuanto tal facultad tiene como fundamento las disposiciones que regulan su actividad, como bien lo plasmó la entidad en el resolución objeto de análisis.

El acto acusado sobre el particular precisó:

“El artículo 79.1 fija la competencia de la Superintendencia en dos ámbitos plenamente descritos: i) la facultad de vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos quienes presten servicios públicos y, ii) la facultad de sancionar al prestador ante la violación normativa.

Dichas facultades se desarrollan, en tanto se afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados, sin que la norma determine presupuestos adicionales a partir de los cuales deba probarse tal presupuesto.

Y la ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos, en la medida en que la función no esté asignada a otra autoridad.

Para el caso que nos ocupa, la Superintendencia, en ejercicio de la facultad de verificar y controlar el cumplimiento de la normatividad, adelantó tareas tendientes a la verificación de la aplicación de la Metodología Tarifaria por parte de los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada Local sometidos al régimen regulado de tarifas, entre otros, Colombia Telecomunicaciones.

Como resultado de la verificación adelantada, se inició la presente actuación administrativa formal en contra de Colombia Telecomunicaciones, atendiendo al hecho de encontrar presuntos



incumplimientos en la aplicación de la metodología tarifaria en mercados plenamente determinados, lo que implica usuarios igualmente determinados, en tanto que las tarifas registradas y efectivamente aplicadas afectaban a todos y cada uno de los usuarios pertenecientes a los mercados por los cuales se abrió la investigación.

*En desarrollo de la actuación administrativa formal y **ante el incumplimiento probado** dentro del expediente, este Despacho expidió la **Resolución 2814 del 30 de septiembre de 2004**, mediante la cual se **impuso sanción pecuniaria a Colombia Telecomunicaciones**, atendiendo el número de mercados involucrados y por ende el número de usuarios de dichos mercados, sin que corresponda dentro de los presupuestos del artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994, cuantificar a nivel de usuarios los valores cobrados de más, ante el evidente incumplimiento en la aplicación de la metodología tarifaria.*

*Así, para el caso que nos ocupa, están plenamente identificados dentro del expediente los mercados **en los cuales se comprobó el incumplimiento por parte de la empresa en la aplicación de la metodología tarifaria, por lo que sus usuarios están igualmente determinados y afectados en tanto que las tarifas cobradas no correspondieron a las que debían cobrarse al aplicar adecuadamente la citada metodología.** (...)* (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el numeral 14.18 del artículo 14 de la Ley 142 de 1992, define la regulación de los servicios públicos domiciliarios como la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, disposiciones, principios y deberes establecidos en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 establece la prohibición referente a que en la factura no es posible el cobro de servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos.



Aunado a lo anterior, la Sala recuerda que el artículo 1.524 del Código Civil prescribe que no puede haber obligación sin causa real y lícita, además que el artículo 2.313 preceptúa que *“el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”* y, finalmente, que el artículo 2.315 dispone que se podrá repetir lo pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural. El Código de Comercio, por su parte, señala en el artículo 831 que nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

Las anteriores disposiciones guardan coherencia y deben interpretarse en el marco de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 79 *ibídem*, subrogado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, *“Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994”*, en el sentido que a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le corresponde evitar la afectación en forma directa e inmediata de los derechos de los usuarios a través de la vigilancia y control del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

En desarrollo de ésta función de control la entidad cuenta con amplias facultades para ordenar los correctivos necesarios con el fin de subsanar las situaciones de los vigilados que transgredan, por acción u omisión, el orden jurídico vigente. Debe advertirse que dicha función se realiza con la finalidad de proteger los derechos de los usuarios, los cuales además de gozar de una especial protección resultan ser el pilar fundamental en la prestación de los servicios públicos.



Sobre el particular, advierte la Sala que esta Sección⁴ en otra oportunidad precisó que en eventos como el presente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios actúa con competencia, tal y como se observa a continuación:

“Devolución de dineros y dosimetría sancionatoria:

Expresa la apoderada que la SSPD no tiene facultades para ordenar la devolución de dineros.

En primer lugar, es preciso indicarle a la recurrente que no se trata de un tema nuevo para la Superintendencia y que, aparte de la Delegada de Telecomunicaciones, las otras áreas de la entidad, en distintas actuaciones han ordenado la devolución de dineros. Ciertamente, mediante concepto SSPO-OJ-2003-0236 de la Oficina Jurídica expresó lo siguiente:

(...)

"De conformidad con la Ley 142 de 1994, corresponde a la Superintendencia de manera general vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a que estén sujetos quienes presten servicios, y en particular las relativas al régimen tarifario, dentro del sistema de protección de los usuarios de los servicios públicos. A este respecto conviene recordar que según el profesor Hugo Palacios Mejía, la Ley 142 de 1994 se orienta a la protección del usuario. Pues bien, una de las principales preocupaciones de la ley 142 en materia de protección al usuario tiene que ver con que los cobros que las empresas de servicios públicos hagan a los usuarios correspondan a los servicios, tarifas y conceptos que la ley y el contrato de servicios públicos autoricen. (Artículo 146]":

"Si la Superintendencia de Servicios Públicos en su condición de autoridad competente en materia de protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos y ente encargado del control de la correcta aplicación del régimen tarifaria por parte de las empresas prestadoras, encuentra que una empresa de servicios públicos incurrió

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Rad.: 2008 – 00350.

en error al fijar sus tarifas y ese error lesiona injustamente los intereses de los usuarios, la Superintendencia podrá, previ6 el procedimiento previsto en el art6culo 106 y s. s. de la Ley 142 de 1994, ordenar a la persona prestadora del servicio p6blico la devoluci6n de los dineros cobrados dem6s. sin que medie necesariamente la imposici6n de sanci6n alguna (se subraya y resalta).

(...)

De no poder la Superintendencia emitir orden para la devoluci6n, no tendr6a sentido el control tarifario; como tampoco ser6a 6til dicho control, si s6lo sirviera como apoyo para que el usuario sustentara y presentara la reclamaci6n ante la empresa. As6 mismo, carecer6a de racionalidad jur6dica y pr6ctica tener que resolver las empresas tantos reclamos como usuarios afectados resulten, y otro tanto tuviera que hacer la Superintendencia en la instancia de apelaci6n, cuando revisadas las tarifas por el 6rgano de control se establezca en qu6 consisti6 el error y c6mo debe ser corregido de manera general a todos los usuarios.

En conclusi6n, la efectiva protecci6n de los derechos de los usuarios derivada del ejercicio de la funci6n del control tarifario a las empresas de servicios p6blicos, carece de contenido jur6dico si no se emite orden de devolver lo cobrado en exceso.

En otras palabras, lo que persigue la vigilancia y control de la correcta aplicaci6n del r6gimen tarifario es precisamente que ante una situaci6n irregular, la empresa corrija su conducta conforme a lo que se6ale el 6rgano de control, con la condici6n que la empresa puede dar las explicaciones que estime pertinente y se respete el debido proceso administrativo, en desarrollo del art6culo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994. Es que de otra manera, la funci6n de vigilancia y control, sobre todo en materia tarifaria, desprovista de la aplicaci6n de correctivos, no ser6a nada".

*Sobre lo expresado en el concepto **vale la pena destacar el aparte que habla sobre la posibilidad de dar una orden de devoluci6n de dineros sin que necesariamente se imponga una sanci6n.***

*El punto se reduce a que, seg6n lo expres6 en su oportunidad la Oficina Jur6dica, y seg6n se reitera en este recurso, **la orden de devoluci6n no es una sanci6n. En efecto, la orden de devoluci6n es una consecuencia obvia, resultante de la captura de una renta que tuvo***

origen en la violación de una disposición legal, regulatoria o de ambos tipos, que no está encaminada a obtener la reparación de perjuicios causados a usuarios o suscriptores ni se trata de proveer indemnizaciones.

Adicionalmente, resulta oportuno para el caso puntual hacer especial mención al artículo 2318 del Código Civil, el cual expresa:

"El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía. es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad.

Si ha recibido de mala fe, también los intereses corrientes".

Quien paga lo que no debe tiene derecho a repetir lo pagado. Esta previsión legal se encuentra estrechamente ligada con el enriquecimiento sin justa causa, principio universalmente aceptado que señala, conforme lo expresa el tratadista Luis Ernesto Guevara López, que el mismo tiene un fundamento moral y que " ... nadie puede enriquecerse injustamente, sin que medie una causa, en detrimento de otro. En virtud de tal principio aquel que experimente un incremento en su patrimonio, ya porque efectivamente ingresa un activo o bien o porque disminuye su pasivo a expensas de otro patrimonio está obligado a restablecer ese desequilibrio que no cuenta con una justa causa que lo respalde..."

Adicionalmente, el artículo 6 del C.C., dispone:

"La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos".

El artículo 79.1. menciona que la afectación se produce directamente a usuarios determinados. Cabe preguntarse ¿por qué la norma se refiere a "usuarios determinados"? La respuesta es sencilla: justamente, porque si a raíz de un incumplimiento de un acto administrativo o legal los suscriptores o usuarios de un servicio sufren un detrimento, por



ejemplo patrimonial, se espera que como resultado de la acciones de control y vigilancia se corrija dicha anomalía y no que simplemente se limite a señalarla y a imponer una multa.

En consecuencia, limitar las funciones de vigilancia y control de la Superintendencia como facultades exclusivamente sancionatorias, equivale a asumir que las funciones otorgadas a esta entidad sólo estarían encaminadas a detectar conductas, sin que exista la posibilidad de que estas sean corregidas.

Así las cosas, los prestadores sujetos al control y vigilancia de esta entidad tendrían incentivos para transgredir las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos, siempre que la ganancia esperada por estos con el despliegue de dicha conducta, sea mayor a la sanción impuesta. La misma Ley ha previsto este hecho, por cuanto el numeral 1 del artículo 79 establece que es función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos y sancionar sus violaciones, luego no se puede entender la función sancionatoria como la única, siendo que la ley expresa claramente que la sanción complementa las funciones de control, de las cuales la devolución de dineros es una forma de ellas.

De esta forma, es evidente para la Sala que la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa a que se somete la Empresa actora como prestadora del servicio público domiciliario de telefonía y para sancionar las violaciones a ella, se limitó al cargo imputado.

Por ello, frente a la acusación objeto de la apelación procede entender que la Superintendencia de Servicios Públicos sí actuó con competencia, en los términos del artículo 79.1 de la Ley 142 de 1998, en cuanto se refiere al incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP de efectuar la liquidación de las tarifas de los estratos 1 y 2 acorde con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 812 de 2003 y la resolución 996 de 2004 que precisó la fórmula para el efecto” (Negrillas fuera de texto).

En este contexto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encontraba facultada no sólo para imponer una sanción de multa a Colombia



Telecomunicaciones S.A. ESP, empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, sino también ordenar rembolsar a los usuarios el monto pagado de lo cobrado sin autorización con carácter general o *erga omnes*, porque si bien la misma no constituye una sanción, si genera una consecuencia necesaria ante el incumplimiento de la obligación de acatar lo previsto en el régimen de servicios públicos, en el marco de los derechos de los usuarios y la facultad consagrada en el referido artículo 79.

Ahora bien y en cuanto a que el numeral 31 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 limitó el reintegro a aquellos casos en que un usuario ha interpuesto un recurso de apelación en los términos de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994, ante tal autoridad, y no como resultado de una investigación administrativa oficiosa por supuesto incumplimiento normativo, la Sala considera que tal interpretación supondría que la Superintendencia tan solo podría actuar a petición de parte, desconociendo la naturaleza y el papel que cumple la misma, que no es otro, que el de asegurar la prestación del servicio y la protección de los derechos de los usuarios. En este sentido se ha pronunciado esta Sección⁵:

***“(...) la competencia de la Superintendencia para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa sobre la materia por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no puede quedar supeditada, como lo entiende el juez colegiado de primera instancia, a que en la actuación administrativa se acrediten todos y cada uno de los casos en que los usuarios hayan sido perjudicados o, en otros términos, a que se haga una identificación concreta y personalizada de cada uno de los usuarios supuestamente afectados por la conducta del prestador, pues la ley lo que exige para habilitar dicha potestad estatal es la existencia de una afectación directa e inmediata de usuarios determinados.*”**

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 10 de octubre de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Rad.: 2004 – 00523.

En efecto, la lectura que hace el a quo del artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 deja a ésta norma vaciada de contenido, pues según dicha interpretación se requeriría siempre que se haya acudido de manera previa a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de una queja o reclamación individual [en la que se hubiera puesto de presente a la Administración por parte de un usuario determinado que requirió del servicio respectivo y que no pudo acceder a él]. Esta condición, que no prevé la ley, supondría que la Superintendencia solo podría actuar a petición de parte, lo cual desconoce claramente el papel que el Estado cumple a través de esta entidad, que no es otro que el de intervenir en la economía para asegurar que los servicios públicos, entre éstos los domiciliarios -como medios a través de los cuales se concreta el Estado Social de Derecho-, sean prestados eficientemente. Se trata, pues, de una intervención que se materializa a través del control y la vigilancia sobre los prestadores de los servicios públicos, como un poder que retiene el Estado para ejercer en forma permanente, que no puede estar condicionado a la existencia de una petición previa por parte del usuario del servicio. (destaca la Sala)

Además, valga recordar que la interpretación de las normas jurídicas debe responder al principio del efecto útil de la misma, conforme al cual si entre dos posibles sentidos de un precepto, uno produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero. En este caso, el correcto entendimiento de la norma legal que consagra la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa a que se encuentran sometidos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, esto es, el que produce efectos jurídicos, es aquel que apunta a que dicha potestad se activa, aun oficiosamente, a partir de la acreditación de la afectación directa e inmediata de usuarios determinados por razón de la conducta del prestador y no a partir de la detallada, concreta y personalizada identificación de cada uno de los usuarios afectados dentro del respectivo procedimiento, que solo se produciría si ante la Administración se allegara una comunicación particular y concreta que diera cuenta de la supuesta afectación, lo cual no necesariamente siempre ocurre.



La afectación directa e inmediata a usuarios determinados no supone que exista una identificación personalizada o una individualización de los afectados sino que, por el incumplimiento de la norma a que están sometidos los prestadores del servicio, potencialmente resulten afectados unos usuarios determinados⁶, (...)” (Negrillas fuera de texto).

Como se observa de la providencia en cita, la lectura que se hace de la disposición la dejaría vacía de contenido, pues según dicha interpretación se requeriría siempre que se haya acudido de manera previa a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de una queja o reclamación individual.

En este sentido y atendiendo el efecto útil de las normas, para la Sala no resulta posible interpretar que el numeral 31 del artículo 79 contiene una regla general en la cual sólo en el acto administrativo que resuelva el recurso de apelación es posible ordenar la devolución de los dineros que una empresa de servicios públicos ha retenido sin justa causa a un usuario cuanto, sino que en el marco de su actuación oficiosa y ejerciendo su función de control consagrada en el artículo 79 numeral 1º, la Superintendencia de Servicios Públicos puede adoptar dichos correctivos.

En este contexto, en criterio de la Sala, no asiste razón al apelante puesto que en el marco de lo establecido en la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control adelantó la revisión de la aplicación de la metodología tarifaria establecida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la Resolución CRT 575 de 2002 que compiló la Resolución CRT 087 de 1997 e impuso las sanciones y adoptó las medidas que consideró necesarios, acordes con el ordenamiento jurídico

⁶ Sobre el particular, ver sentencia de 22 de septiembre de 2011, proferida por la Sala en el proceso con radicado núm. 1996-06880-01, actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Consejera Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.



vigente, al haber encontrado que la distribución del porcentaje para el cargo fijo superó el 50% y que al plan básico de telefonía local se aplicó un costo medio de referencia superior al máximo permitido en la regulación.

Segundo cargo: Aplicación incorrecta de la metodología tarifaria, que en la demanda el actor propuso en el segundo y en el cuarto cargo.

La Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. presentó la información correspondiente mediante oficio 2004331000361 de 9 de febrero de 2004 y una vez revisada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la información encontró que para algunos departamentos: i) la distribución del porcentaje para el cargo fijo superó el 50% previsto en el literal c del numeral 2.3 del Anexo 006 de la Resolución 575 de 2002, que integró en un solo texto regulatorio la Resolución CRT 087 de 1997; ii) en algunas zonas sometidas al régimen regulado de tarifas se excedió el tope previsto; iii) la empresa estaría aplicando para su plan básico de telefonía local un costo medio de referencia superior al máximo permitido en la regulación de los mercados de Caquetá, Arauca, Norte de Santander, Telbuenaventura, Valle, Telehuila, Córdoba, Teleupar, Telenariño, Teletolima, Telectagena, Telearmenia, Cundinamarca y San Andrés; iv) se evidenciaron diferencias considerables en las cifras utilizadas por la Empresa, con las que regulatoriamente debieron aplicarse.

Estas circunstancias dieron lugar a adelantar la investigación administrativa formal en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por presunta infracción al régimen de servicios públicos.



Presentados oportunamente los descargos por la empresa, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios consideró en la Resolución 2814 de 2004, que:

“(...) es válido destacar que para la Superintendencia es incuestionable que las cifras reportadas allí, fueron la base de las tarifas ajustadas en la Circular 0000021 del 29 de diciembre de 2003 registradas en esta Superintendencia y aplicadas a los usuarios de Colombia Telecomunicaciones hasta el mes de julio de 2004, aun cuando la empresa haya evidenciado en el citado documento, que el mismo se basó en cálculos que corresponden al año 2002, por “no tener datos del año 2003”.

En tal sentido, el primer ejercicio de verificación de la metodología tarifaria aplicada por parte de Colombia Telecomunicaciones para el año 2004, se adelantó por esta Superintendencia Delegada en consideración a las cifras incluidas en el “Reporte Inicial” y se complementó con la información del SUI, atendiendo al hecho de que dichas cifras constituyen la información oficial de la empresa, y presentaban diferencias notables con las reportadas inicialmente.

“(...) De tal manera que utilizar cifras que no corresponden en un todo a las dispuestas dentro de las fórmulas tarifarias, es tanto como desconocer la obligatoriedad de las mismas y los criterios de simplicidad y transparencia que orientan el régimen tarifario.”

Respecto de los cargos formulados la Superintendencia consideró:

“(...) el cargo formulado a Colombia Telecomunicaciones se fundamentó en el documento aportado por la empresa a esta Superintendencia en el cual (...) no sólo reporta de manera expresa los porcentajes de distribución respecto de la factura promedio mensual, entre el cargo fijo y el cargo por consumo para las diferentes zonas del país, sino que adicionalmente reconoce haber sobrepasado dichos porcentajes para aquellas regiones donde colindaban la gerencia departamental y la Telesociada, con el fin de “reducir las brechas tarifarias” en las citadas regiones.



Lo que implicó en su momento, un reconocimiento expreso de la Empresa, en cabeza de su Vicepresidente de telefonía Local, del desconocimiento de la norma, para el cálculo de las tarifas de cargo fijo que aplicado en las cinco regiones señaladas en los cargos, durante el primer semestre del año 2004.

No obstante lo anterior, en consideración a que el apoderado de la Empresa, fundamenta su defensa frente a las cifras reportadas posteriormente a través del SUI, bajo el supuesto de descontar para el cálculo de la factura promedio, las líneas de comercializadores, teléfonos públicos y administrativas, procede el despacho a realizar un análisis al respecto, destacando previamente que sobre este aspecto, la empresa no soporta sus argumentos en cifras determinadas de manera expresa en el escrito de descargos.

“Entiende la Superintendencia que para el cálculo de las tarifas, tratándose de empresas sometidas al régimen regulado, es responsabilidad de la empresa utilizar de manera adecuada las variables correspondientes y que es potestativo del prestador, determinar los porcentajes aplicados a cada cargo, siempre dentro de los límites previstos regulatoriamente.

“En punto que, permitir la modificación permanente de las cifras para el cálculo de las tarifas es dejar a la deriva dicha obligación, y desconocer la razón de ser del régimen regulado de tarifas y del esquema tarifario basado en costos eficientes y en el criterio de transparencia previsto en el artículo 87.6 de la Ley 142 de 1994.

“Así, para el caso que nos ocupa, aun cuando la empresa reportó a través del SUI las variables a partir de las cuales se calcula el valor de la factura promedio mensual, que hubieran servido de base para que esta entidad comprobara de manera puntual la distribución porcentual del cargo fijo y el cargo por consumo; la Superintendencia partió del documento inicial de reporte de memorias de cálculo bajo el supuesto de contar, para el efecto, con los porcentajes aplicados a uno y otro cargo, sin que por ello se pueda considerar que existió un error en la apreciación, en la revisión de dichos cálculos (...).”

Igualmente el acto demandado que resolvió el recurso de apelación se basó en el concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Superintendencia 2003-130000243-3,

el cual se fundamenta en la posibilidad de ordenar devolución de dineros cuando se ha cobrado de más con desconocimiento del régimen tarifario, en este sentido precisó:

“Si la Superintendencia de Servicios Públicos en su condición de autoridad competente en materia de protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos y ente encargado de la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de las empresas prestadoras⁷, encuentra que una empresa de servicios públicos incurrió en error al fijar sus tarifas y ese error lesiona injustamente los intereses de los usuarios, la Superintendencia podrá, previo el procedimiento previsto en el artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994, ordenar a la persona prestadora del servicio público la devolución de los dineros cobrados demás, sin que medie necesariamente la imposición de sanción alguna.

Esta hipótesis es diversa de la prevista en el numeral 32 del artículo 79, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, cuando se trate de la reclamación individual que presenta el usuario por el valor de los consumos.

De no poder la Superintendencia emitir orden para la devolución, no tendría sentido el control tarifario; como tampoco sería útil dicho control, si solo sirviera como apoyo para que el usuario sustentara y presentara la reclamación ante la empresa. Así mismo, carecería de racionalidad jurídica y práctica tener que resolver las empresas tantos reclamos como usuarios afectados resulten, y otro tanto tuviera que hacer la Superintendencia en la instancia de apelación, cuando revisadas las tarifas por el órgano de control se establezca en qué consistió el error y cómo debe ser corregido de manera general a todos los usuarios.

En conclusión la efectiva protección de los derechos de los usuarios derivada del ejercicio de la función de control tarifario a las empresas de servicios públicos, carece de contenido jurídico si no se emite orden de devolver lo cobrado en exceso. En otras palabras, lo que persigue la vigilancia y control de la correcta aplicación del régimen tarifario es precisamente que ante una situación irregular, la empresa corrija su conducta conforme a lo que señale el órgano de control, con la condición que la empresa puede dar las explicaciones que estime

⁷ Cfr. Decreto 990 de 2002, artículo 5º, numeral 33.



pertinente y se respete el debido proceso administrativo, en desarrollo del artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994”.

En relación con la interpretación de la Superintendencia en la aplicación de la metodología tarifaria, precisó el acto acusado:

“Teniendo en cuenta lo dispuesto en el título V de la Resolución 087 de 1997, norma que fue modificada en su numeración por la Resolución 575 de 2002, esta norma determina la fórmula de ajuste del costo máximo, cuyo valor fue fijado por el organismo de regulación para cada operador y cuyo costo se ajusta con la siguiente expresión:

$$CM_t = CM_{t-1} * (1 + IPC - 2\%)$$

Con esta fórmula los operadores ajustan anualmente el costo máximo a recuperar por línea al año, lo que indica que el costo máximo se multiplica por el índice de precios al consumidor (índice proyectado por el Banco de la República) y se le resta el 2% que corresponde al factor de productividad, vale decir que este factor se ha mantenido constante para todo el período regulado. Una vez ajustado el costo máximo, la secuencia de la metodología tarifaria es determinar el costo medio de referencia –CMREF el cual se calcula con la siguiente expresión:

$$CMREF_t = CM_t * Q$$

Entonces, se toma el costo ajustado y se multiplica por el valor de ajuste de calidad – Q, resultante para la respectiva empresa, el cual se obtiene de realizar la sumatoria de la ponderación de cuatro indicadores a saber: Tiempo medio de instalación de nuevas líneas, tiempo medio de reparación de daños, número de daños por cada cien líneas y el nivel de satisfacción del usuario.

Para obtener el valor de Q, la empresa aplica el procedimiento dispuesto en el Anexo 007 de la norma antes citada, es decir que el factor Q obedece a la calificación y normalización de los indicadores enunciados, teniendo en cuenta los valores mínimos y máximos que anualmente define la CRT, es de señalar que con excepción del nivel de satisfacción del usuario, indicador de tendencia positiva los demás indicadores corresponden a tendencia negativa, por lo que el resultado de la medición de los indicadores de la empresa está directamente



relacionado con la calificación del Q y por ende este factor incide en la fórmula tarifaria. Dado que su resultado oscila entre un valor de 0.84 y 1.

En consecuencia una empresa con una calificación igual a uno (1) en su factor Q no verá afectado el costo a recuperar por línea al año, mientras que una empresa con una calificación en el factor Q inferior a uno (1) no podrá recuperar el 100% de su costo. Al resultado del despeje de esta fórmula se le denomina Costo Medio de Referencia (CMREF), con base en este resultado la empresa distribuye las tarifas para los cargos de conexión, fijo y de consumo, siguiendo los criterios y parámetros descritos en el Anexo 006 de la citada resolución. Esto quiere decir que para la distribución de las tarifas se utiliza el costo medio de referencia, el cual previamente ha sido afectado por factor de calidad –Q.

Como se puede apreciar la secuencia de la fórmula en ningún momento omite la aplicación del factor de ajuste por calidad –Q. Lo que también significa que las empresas para cumplir con la aplicación de la metodología tarifaria se deben ceñir y aplicar de manera armónica los pasos, conservando la aplicación de los criterios.”

Sea lo primero anotar que la denominada gravedad inminente, en materia de telecomunicaciones se encuentra reglamentada en el Capítulo V del Título II de la Resolución 087 de 1997; así, la declaratoria de la situación de gravedad inminente, en primer lugar, debe ser declarada por parte del Ministerio de Comunicaciones, en el presente caso lo fue mediante Resolución 879 de 13 de junio de 2003 y hasta el 11 de julio de 2005.

La situación de gravedad inminente, se caracteriza por ser temporal y por su naturaleza, genera un alto riesgo de afectación del servicio que da lugar a autorizar operaciones temporales que estarán bajo el régimen vigilado de tarifas, para poder garantizar la continuidad del servicio.

En virtud de la declaratoria de la situación de gravedad inminente no se autorizó a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a cambiar o modificar el régimen tarifario,



de régimen regulado a régimen vigilado; tampoco hubo pronunciamiento alguno de parte de la CRT, para modificar el régimen tarifario aplicable; la empresa continuó registrando el formato 14 del Sistema Único de Información –SIU, Metodología Tarifaria, propio de los operadores sometidos al régimen regulado de tarifas, y no alegó o puso en tela de juicio el régimen tarifario al que estaba sometido a través de los descargos y recursos a los que tuvo derecho como parte del debido proceso que originó las decisiones adoptadas mediante las Resoluciones SSPD 2814/2004 y 8705/2005, a través de las cuales se ordenó a la empresa devolver los dineros cobrados de más.

Del artículo 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002 que compiló en un solo cuerpo regulatorio la Resolución 087 de 1997, se tiene:

*“ARTICULO 2.5.4. REGIMEN TARIFARIO. Las tarifas aplicables a aquellos servicios que presten temporalmente los operadores de telecomunicaciones de que trata el presente Capítulo, se hallarán **bajo el régimen de libertad vigilada** de tarifas y para tal efecto dichos operadores podrán adelantar las actividades de facturación y recaudo a los usuarios que utilicen estos servicios mientras dure la Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones. Una vez terminada la Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones, los operadores que hubiesen cobrado tarifas excesivas, a juicio del Comité de Expertos Comisionados de la CRT o de la SSPD, o que hubieran incurrido o existan indicios de haber incurrido en abuso de posición dominante frente a los usuarios de los servicios prestados en forma temporal, deberán presentar la estructura de costos en que incurrieron para prestar el servicio aludido”.*

Mediante Resolución núm. 000879 de 13 de junio de 2003, “por la cual se declara la existencia de una Situación de Gravedad Inminente en materia de Telecomunicaciones”, la Ministra de Comunicaciones declaró la situación de gravedad inminente en materia de Telecomunicaciones en los términos del Capítulo V del Título II de la Resolución 575 de 2002 de la Comisión de Regulación de



Telecomunicaciones. Esta situación fue levantada mediante Resolución 001503 de 11 de julio de 2005, *“por la cual se declara terminada la existencia de una situación de Gravedad Inminente en materia de Telecomunicaciones”*.

El artículo 2.5.3 de la Resolución 575 de 2002, a su turno señala:

*“Una vez declarada la situación de gravedad inminente en materia de telecomunicaciones, las empresas que presten servicios de telecomunicaciones y **que se encuentren debidamente autorizadas** podrán prestar el servicio de TPBC afectado en forma transitoria a partir de la declaración de la misma y hasta su terminación formal, utilizando para tal efecto cualquiera de las redes del Estado”*.

En el presente caso no se estableció que el régimen aplicable a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. fuera el vigilado, tampoco que la empresa hubiese realizado operaciones temporales, ni tampoco que tuviese autorización para el efecto y la mera declaratoria de la situación de gravedad no implica el cambio del régimen regulado al vigilado para la empresa en las localidades en donde se encontraba bajo el régimen regulado.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., durante el período de la emergencia continuó, según lo señaló la SSPD, registrando el formato 14 del SUI, Metodología Tarifaria, propio de los operadores sometidos al régimen regulado de tarifas. Tampoco discutió esta situación en sede administrativa.

En relación con la metodología tarifaria en primer término se ordenó la aplicación de las tarifas con base en el Costo Medio de referencia (CMref), debiendo aplicar el factor Q desde su expedición. La empresa se refiere a una interpretación que denomina “interpretación 1”, con base en publicación efectuada por la



Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y un comunicado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que no explicaban la metodología tarifaria sino su razón de ser y en tercer lugar, la afirmación hecha por la empresa según la cual *“desde la entrada en vigencia del Anexo 006 en 1997, todas las empresas del sector de Telecomunicaciones, y a partir de 2003 Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., interpretaron las normas del Anexo 006 en el sentido de que el factor Q sólo se aplicaba cuando la empresa respectiva había superado su costo máximo, es decir de manera constante lo que hemos llamado la interpretación 1”* lo cual lleva a un absurdo y sólo es una interpretación de la empresa, según lo señala la SSPD.

En torno a la interpretación que la Empresa realiza del anexo 006 de 1997, la Resolución 087 de 1997 regula de forma integral los servicios de TPBC y contiene en sus anexos 005, 006 y 007 la metodología tarifaria. En desarrollo de dicha metodología se expidieron las Resoluciones 099 de 22 de diciembre de 1997 y 172 de 13 de septiembre de 1999, compiladas posteriormente por la Resolución 575 de 2002.

La Resolución 099 de 1997, permite indicar que la metodología tarifaria desde sus inicios ha señalado el costo medio de referencia (CMref) como parámetro para fijar las tarifas y no el costo máximo (CM) como lo pretende la empresa.

Igualmente el artículo 1.2 pone de manifiesto explícitamente que las tarifas se aplican con base en el Costo Medio de Referencia (CMref). Posteriormente a través de la Resolución 172 de 1999, la CRT introduce el factor de calidad Q en las fórmulas tarifarias.



El Anexo 6 de la Resolución 087 de 1997, regula la “*Metodología para determinación de tarifas de TPBCL*”, y establece los parámetros para fijar las tarifas por los operadores, así:

a. COSTO MÁXIMO (CM): Valor máximo de costo por línea al año con base en el cual las empresas de TPBCL determinan los valores de los cargos tarifarios máximos del Plan Básico (sometido al régimen regulado).

b. FACTOR DE AJUSTE POR CALIDAD DEL SERVICIO (Q): Este factor permite establecer la calidad del servicio que cada empresa de TPBCL ofrece a sus clientes y ajustar las tarifas en forma concordante con dicha calidad. Su valor se establece a partir de la medición de los indicadores relacionados en el numeral 2 del Anexo 007 debidamente normalizados.

c. INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (IPC): Índice que permite medir la variación porcentual promedio de los precios al por menor de un conjunto de bienes y servicios de consumo final que demanda los consumidores en Colombia. Dicho índice es calculado por el DANE y la meta oficial de incremento anual es definida por el Banco de la República.

d. FACTOR DE AJUSTE POR PRODUCTIVIDAD (X): Porcentaje correspondiente al incremento esperado de productividad en la prestación del servicio de TPBCL derivado del comportamiento de la industria. El factor establecido por la CRT es del dos por ciento (2%) anual.

e. COSTO MEDIO DE REFERENCIA (CMREF): Valor de costo obtenido para cada empresa después de afectar su Costo Máximo (CM) con los factores de ajuste por calidad (Q), Índice de Precios al Consumidor (IPC) y Productividad (X), que constituye la base sobre la cual se calculan los diferentes cargos tarifarios del plan básico del servicio de TPBCL. El CMREF máximo que los operadores pueden aplicar para determinar las tarifas, en ningún caso podrá ser superior a los valores máximos del CM establecidos para cada empresa operadora.

2. DETERMINACIÓN DE TARIFAS – ESTRATO IV

2.1. Cálculo y ajuste del Costo Máximo –CM y Determinación del CMREF



La empresa deberá tomar su correspondiente Costo Máximo (CM), para ajustar o establecer el CM de cada año. A partir de la siguiente expresión:

$$CM_t = CM_{t-1} (1+IPC-X) \text{ Donde:}$$

CM: Costo Máximo permitido por la CRT para el plan tarifario básico.

IPC: meta del incremento anual del Índice de Precios al consumidor proyectada por el Banco de la República para el año t.

X: Factor de productividad, correspondiente al dos por ciento (2%)

T: corresponde al año de aplicación.

b. Cálculo del CMREF, se obtiene a partir del factor de ajuste por calidad (Q), descrito en el Anexo 007 de la presente resolución.

$$CMREF_t = CM_t * Q$$

Donde:

CMREF: Costo obtenido para el año t, después de afectar el valor de su Costo Máximo (CM) con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y el factor de productividad (X).

Q: Factor de ajuste por calidad del servicio

t: corresponde al año de aplicación

(...)

2.4 Restricciones de los incrementos tarifarios

a. La factura promedio ponderada de la empresa no podrá exceder en 20 puntos después de descontada la meta de inflación con respecto a la factura promedio ponderada del año anterior, sólo para aquellas empresas que no hayan alcanzado el Costo Máximo -CM permitido.

b. Para determinar el cálculo de la Factura Promedio Ponderada se hará mediante la siguiente expresión:

$F_{prom_P_t}$ = factura promedio ponderada de la empresa

Cf_j : Cargo fijo para el estrato j

Cc_j : Cargo por consumo para el estrato j

C_{prom_j} : Consumo promedio por usuario del estrato j

L_j : líneas en servicio del estrato j, para el año anterior

j: Estratos socioeconómicos. Son I, II, III, IV, y V y la Categoría Industrial y Comercial.



Año t: Corresponde al año de aplicación

c. Los incrementos correspondientes al crecimiento de la meta de inflación proyectada por el Banco de la República, podrán ser aplicados con la oportunidad que el operador determine.

d. Los operadores que aun no han alcanzado su Costo Máximo (CM) de que trata el literal (a) del numeral 1 del presente anexo, deberán aplicar los incrementos reales cada año, mensualmente, de forma gradual y lineal. El incremento real será la porción del incremento anual que supera la meta de inflación del respectivo año. Para el año 2000 los operadores que incrementen en términos reales deberán aplicar el mismo procedimiento a partir de la vigencia de la presente resolución y hasta el 31 de diciembre del año 2000.

e. Sin perjuicio de lo estipulado en los literales (c) y (d), los operadores deberán dar cumplimiento a lo establecido en el literal (a) del presente numeral”.

Con fundamento en esta normativa, que a su vez define los parámetros involucrados en las fórmulas, se establece la metodología tarifaria. Ahora bien, para calcular cada uno de los factores que integran la fórmula se requiere necesariamente calcular el factor anterior y no es posible llegar a las tarifas, en este caso el cargo fijo (Cf), del cual se deduce el cargo por consumo (Cc) sin haber utilizado el Costo Medio de Referencia (CMREF), el cual incorpora el valor de calidad (Q), luego no existe fórmula que vincule al CM con las tarifas sin que previamente se haya aplicado el factor (Q) para obtenerlas.

Cabe anotar, además, que aun cuando el operador aplique la metodología tarifaria y la tarifa obtenida conduzca a un incremento superior al 20% descontada la inflación, la operadora del servicio sólo podrá aplicar los cargos fijos y de consumo que como máximo lleven a dicho incremento, ya que como lo señaló la SSPD, la intención del literal a del numeral 2.4. citado es la de proteger al usuario de alzas superiores al



20% más la inflación en el proceso de rebalanceo tarifario (es decir, mientras los operadores se encuentren debajo de su costo máximo) y no busca, como lo pretende la Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., autorizar incrementos del 20% más la inflación hasta tanto se alcance el costo máximo (CM), pues de ser así, resultaría irrelevante efectuar el cálculo y ajuste del costo máximo (CM), la determinación de la tarifa de conexión y la determinación de los cargos fijo y de consumo previstos en los numerales 2.1, 2.2. y 2.3. del Anexo 006 de la citada resolución.

Luego no puede ser otra la interpretación que debe darse al Anexo 006 que establece la metodología para determinar las tarifas de TPBCL. Así las cosas, el error que afirma la Empresa en que incurrió la SSPD, no existió respecto de la interpretación tarifaria.

Respecto de la situación de gravedad inminente en materia de telecomunicaciones, ésta se encuentra regulada en el capítulo V del título II de la Resolución 087 de 1997, en particular los artículos 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3 y 2.5.4, disponen:

ARTICULO 2.5.1 SITUACION DE GRAVEDAD INMINENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES. Para efectos de la presente Resolución se entiende por Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones, el daño grave o la alteración grave que amenacen o impidan la prestación continua e ininterrumpida de los servicios de TPBC, como la producida por fenómenos naturales, por efectos y accidentes catastróficos y por actos del hombre al margen de la ley.

ARTICULO 2.5.2. DECLARACION DE LA SITUACION DE GRAVEDAD INMINENTE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES. El Ministro de Comunicaciones podrá declarar mediante Resolución y oído el concepto del Comité de Expertos Comisionados de la CRT, la existencia de la situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones; de igual manera declarará su terminación cuando



la situación haya sido plenamente superada. ARTICULO 2.5.3. AUTORIZACIONES TEMPORALES. Una vez declarada la Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones, las empresas que presten servicios de telecomunicaciones y que se encuentren debidamente autorizadas podrán prestar el servicio de TPBC afectado en forma transitoria a partir de la declaración de la misma y hasta su terminación formal, utilizando para tal efecto cualquiera de las redes del Estado. El Ministerio de Comunicaciones expedirá las licencias y demás condiciones a que haya lugar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la declaración de la Situación de Gravedad Inminente. (...)

ARTICULO 2.5.4. REGIMEN TARIFARIO. Las tarifas aplicables a aquellos servicios que presten temporalmente los operadores de telecomunicaciones de que trata el presente Capítulo, se hallarán bajo el régimen de libertad vigilada de tarifas y para tal efecto dichos operadores podrán adelantar las actividades de facturación y recaudo a los usuarios que utilicen estos servicios mientras dure la Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones. Una vez terminada la Situación de Gravedad Inminente en materia de telecomunicaciones, los operadores que hubiesen cobrado tarifas excesivas, a juicio del Comité de Expertos Comisionados de la CRT o de la SSPD, o que hubieran incurrido o existan indicios de haber incurrido en abuso de posición dominante frente a los usuarios de los servicios prestados en forma temporal, deberán presentar la estructura de costos en que incurrieron para prestar el servicio aludido”.

Frente a esta normativa, sólo las empresas previamente autorizadas se hallarán bajo el régimen de libertad vigilada, el cual permite a aquéllas empresas que se encuentren en esta circunstancia adelantar labores de facturación y recaudo.

En este orden de ideas, una vez expedida la Resolución 879 de 2003 por el Ministerio de Comunicaciones que declaró la situación de gravedad inminente, la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P., no acreditó que hubiese realizado operaciones temporales, ni que se encontrara autorizada para hacerlo y la mera declaratoria de dicha situación no implica el cambio de régimen, de regulado a vigilado.



Tampoco la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) expidió regulación alguna en este sentido que hubiese dado lugar a modificar el régimen tarifario aplicable por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., en virtud de dicha declaratoria.

Tan es así que la empresa, durante el término de esta situación de emergencia continuó registrando la información en el formato 14 del SUI “Metodología Tarifaria”, propia de los operadores sometidos al régimen regulado de tarifas y tampoco, como lo señaló la Superintendencia, lo alegó o cuestionó en sede administrativa con ocasión de la expedición de los actos acusados en virtud de los cuales se ordenó a la Empresa, devolver los dineros cobrados de más.

Por lo anterior, no puede entenderse que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se encontraba en el régimen vigilado de tarifas entre el 13 de junio de 2003 y el 11 de julio de 2005, término durante el cual se mantuvo la situación de emergencia.

Respecto de la información que sirvió de base para la expedición de las Resoluciones acusadas, señala la SSPD que su actuar se basó no sólo en la información oficial de la Empresa sino también en la contenida en el documento que la empresa denomina “reporte 3”, ya que tanto en la Resolución 2814 de 2004, como en la Resolución 8705 de 2005, que la confirma, se hace referencia a dicha información. Cosa distinta es que la SSPD decidió no tenerla en cuenta en sus cálculos en virtud a que el actuar de la SSPD debe basarse en la información oficial reportada por la empresa en circulares previas y la información registrada en el Sistema Único de Información (SUI) y el hecho de registrar con posterioridad nueva



información, no hace desaparecer las tarifas registradas anteriormente ni su cobro a los usuarios.

Por ello la información que tuvo en cuenta la SSPD fue la que la misma empresa había registrado para efectos tarifarios con carácter oficial; mal haría la SSPD en ignorar la información registrada previamente por el simple hecho de que la empresa alegue que no es cierta y sin que ésta se encuentre debidamente registrada y certificada como corresponde.

Al respecto anotó la SSPD que la empresa realizó las últimas actualizaciones de la información correspondiente al año 2004 y contenida en los formatos 7 y 13, los días 2 de febrero y 5 de marzo de 2006, lo que pone de manifiesto no solo el continuo incumplimiento de la empresa a los requerimientos regulatorios de información, sino lo inconveniente que resultaría sujetar las decisiones y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a las actualizaciones de información de parte de las empresas, ya que éstas podrían utilizar dichas actualizaciones so pretexto de una exclusión constante de los cargos que la SSPD efectúa a ellas.

Finalmente, la orden de devolución de dineros a los usuarios se deriva de manera exclusiva del segundo cargo contenido en la Resolución 2814 de 2004, ya que fueron cobradas tarifas inherentes a un costo superior al costo máximo de referencia, en este sentido, la Superintendencia podrá, previo el procedimiento previsto en el artículo 106 y s.s. de la Ley 142 de 1994, ordenar a la persona prestadora del servicio público la devolución de los dineros cobrados demás.

Son estas las razones por las cuales, la Sala considera que no se desconocen los preceptos contenidos en los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, 79 de la



Ley 142 de 1994; 2.5.4 de la Resolución 575 de 2002; el literal e del numeral 1 y el literal a del numeral 2.4 del Anexo 006 de la Resolución 575 de 2002, como lo consideró el *a quo* y no hay lugar a acceder a los argumentos del apelante razón por la cual procede confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia apelada por las razones expuestas en este proveído.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ**

Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
AYALA**

GUILLERMO VARGAS