

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación núm.:25000 2324 000 **2008 00282 01**

Actor: **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**

Demandado: **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS
DOMICILIARIOS**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia proferida el 13 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números SSPD-20073400038325 del 12 de diciembre de 2007 y SSPD-20083400003655 del 12 de febrero de 2008, mediante las cuales, en su orden, se impone una sanción a la empresa demandante y se resuelve un recurso de reposición en el sentido de confirmar el acto inicial.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, con el objeto de que se accediera a las siguientes:

2.1.1. Pretensiones

“PRIMERA.

Que se declare la nulidad de las Resoluciones **SSPD-20073400038325 y SSPD-20083400003655 del 12 de diciembre de 2007 y del 12 de febrero de 2008**, expedidas por el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con fundamento en los argumentos que aquí se exponen.

SEGUNDA.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones mencionadas en el numeral anterior, se ordene a título de restablecimiento del Derecho a favor de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP**, la devolución de los siguientes conceptos:

a. La cantidad de **QUINIENTOS NUEVE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$509.260.578) M.cte.**, pagados a favor de la Nación a nombre de la “Dirección del Tesoro Nacional” por concepto del pago de la sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a título de multa, mediante resoluciones **SSPD-20073400038325 y SSPD-20083400003655 del 12 de diciembre de 2007 y del 12 de febrero de 2008**, debidamente indexada o actualizada desde la fecha de su pago hasta la devolución de esa cantidad de dinero.

b. Los intereses comerciales corrientes de la suma anteriormente mencionada, reconocida y pagada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** hasta la fecha de su devolución que haga la entidad demandada.

c. En cualquier caso, solicito al Honorable Juez que de acuerdo con lo que establece el artículo 16 de la Ley 445 (sic) de 1998, sira (sic) decretar la indemnización integral de los perjuicios sufridos por mi mandante.

TERCERA.

Como petición subsidiaria solicito que en caso de no declararse la nulidad de los actos acusados, se gradúe la decisión tomada atendiendo al impacto de lo verdaderamente acontecido y probado a lo largo de este proceso judicial.

CUARTA.

Solicito se condene en costas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.” (Fls. 2 y 3 del expediente – Mayúsculas sostenidas y negrillas originales)

2.1.2. Hechos

En síntesis son los siguientes:

2.1.2.1. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio de las funciones contenidas en la Ley 142 de 1994, el Decreto 990 de 2002 y la Resolución 000021 del 5 de enero de 2005, inició investigación formal contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a través del pliego de cargos núm. 20073400077711 del 2 de marzo de 2007, en el cual le formuló las siguientes censuras: a) primera, la violación de los artículos 146, 147 y 148 de la Ley 142 de 1994, en razón al cobro del servicio a los usuarios de la vereda San Cayetano y de los municipios de Choachí, Chipaque y Pandi (en Cundinamarca), San Pablo de Borbur (en Boyacá), Barranca de Upía (en el Meta) e Ipiales (en Nariño), pese a que dicho servicio no se estaba prestando en esas zonas debido al hurto del cableado; y b) segunda, la violación de los artículos 11.1 de la Ley 142 de 1994, 6.1.1 de la Resolución 87 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y la cláusula sexta del Contrato de Condiciones Uniformes), en consideración a que por la conducta antes señalada Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. incurrió en actos de abuso de la posición de dominio.

2.1.2.2. La Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. formuló los respectivos descargos de manera oportuna.

2.1.2.3. El 12 de diciembre de 2007 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios profirió la Resolución No. SSPD-20073400038325 *“Por medio de la cual impone una sanción”* a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., consistente en multa por valor de \$509.260.578.00, acto éste contra el cual se interpuso en tiempo recurso

de reposición.

2.1.2.4. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió el recurso de reposición a través de la Resolución No. 12 de febrero de 2008 SSPD-20083400003655, en el sentido de confirmar el acto impugnado.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

En opinión de la parte actora, los actos demandados son violatorios de los artículos 29 de la C.P., y 14.13, 81, 133, 147 y 148 de la Ley 142 de 1994, por razones que se concretan en los siguientes cargos:

2.1.3.1. *“Falsa motivación al expedirse una decisión administrativa [fundada] en antecedentes de hecho y de derecho erróneos”*. En sustento de esta acusación expresó:

(i) Que existe falsa motivación al interpretarse y aplicarse inadecuadamente en los actos acusados la facultad sancionatoria y la dosimetría de la sanción, al afirmarse por la Superintendencia que las violaciones normativas en que supuestamente incurrió la empresa son graves, pues tales violaciones no existen.

(ii) Que en los actos demandados la Superintendencia afirmó que para el cálculo de la sanción tuvo en cuenta que la empresa obtuvo un beneficio sin existir contraprestación para sus usuarios.

(iii) Que en las decisiones demandadas no existe una explicación que permita conocer cómo se graduó la sanción impuesta a la demandante, pues solo se menciona que se considera la falta grave y que la empresa habría obtenido un beneficio sin contraprestación para los usuarios.

(iv) Que la empresa no busca ni ha buscado su beneficio o lucro con fundamento en el cobro de cargos cuando el servicio es suspendido, como en este caso, por causas no imputables a los usuarios; por el contrario, su conducta ha sido la de efectuar ajustes en beneficio de los usuarios cuando a ello hay lugar, de modo tal que carece de fundamento el argumento de la Superintendencia del supuesto beneficio para la empresa que justifica el elevado monto de la sanción.

(v) Que “si lo que pretende la Superintendencia es sancionar las razones por las cuales se debieron efectuar ajustes -si estas razones fueran censurables-, la sanción y su monto no tenía soporte legal, por cuanto: - [e]sas razones no constituyen abuso de posición de dominio ni omisión de los requisitos de las facturas, ni las pruebas allegadas al expediente tiene (sic) la virtualidad de demostrar una u otra cosa, tal como se demostrará.- [n]o hubo beneficio para la Empresa. No hay mejor prueba de la ausencia de beneficio que el ajuste respecto de tales dineros, los cuales llegan a un monto de \$100 millones de pesos. Aún si la Empresa hubiera querido obtener ese beneficio es apreciable su desproporción con el valor de la sanción (más de \$500 MM), lo que deja este último (sic) huérfano de motivación en los términos del

artículo 84 del Código Contencioso Administrativo”.

2.1.3.2. *“Quebrantamiento directo del principio de legalidad, por infracción de normas superiores”*. Afirmó la demandante al fundamentar esta censura:

(i) Que la Superintendencia interpretó erróneamente los artículos 146, 147 y 148 de la Ley 142 de 1994 al señalar que al cobrarse el cargo fijo sin que el servicio estuviera disponible para algunos usuarios se desconoció la naturaleza y requisitos de las facturas toda vez que en ellas solo se puede cobrar por bienes o servicios inherentes a la prestación del servicio público, por cuanto que: a) el artículo 146 se refiere al consumo y no a los cargos fijos; b) el cargo fijo es inherente a la prestación del servicio, de modo tal que su inclusión en las facturas no puede atentar contra la naturaleza de éstas ni contra la prohibición de facturar concurrentemente varios servicios públicos domiciliarios a que se refiere el citado artículo 147 (en realidad la empresa no cobra en su facturas otros servicios); y c) la empresa no se ha apartado de los requisitos formales de las facturas previstos en el artículo 148.

(ii) Que aunque la Superintendencia señaló que para que se configure la posición de dominio debe existir una intención traducida en una conducta consiente y deliberada (aspecto volitivo) encaminada a la obtención de un fin o resultado que se quiere o se persigue (aspecto teleológico), finalmente desconoció ello en la motivación de los actos acusados, vulnerando el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 conforme

al cual en el abuso de la posición dominante del operador frente al usuario de los servicios públicos el elemento dominante es que la conducta que se juzgue tenga la condición de ser una determinación clara y uniforme del operador de cara a la ejecución del contrato que tiene como fin limitar los derechos contractuales del usuario o las obligaciones de la misma naturaleza del operador, a tal punto que se ponga en peligro la consecución de los fines que soportan dicho contrato.

(iii) Que el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994 distingue entre la posición de dominio que ostenta la empresa de servicios públicos ESP respecto de los usuarios (que ocurre siempre) y la posición de dominio de la ESP frente al mercado (que ocurre cuando tiene una participación del 25% o más); que la primera se trata de una posición de dominio contractual; que en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 se señalan los tipos de cláusulas cuya inclusión en el contrato de condiciones uniformes se considera como un abuso de la posición dominante de la EPS frente al usuario; que los artículos 11.1 de la Ley 142 de 1994 y 6.1.1 de la Resolución 87 de la CRT prohíben el abuso de la posición dominante pero no la definen; y que la cláusula contractual que se señaló como infringida dispone (al igual que el artículo 146 de la Ley 142 de 1994) que el consumo es el elemento principal del precio que se cobra al usuario, pero no hace alusión tampoco a la definición de abuso de la posición de dominio.

(iv) Que la Superintendencia se equivoca al interpretar el artículo 133

de la Ley 142 de 1994, pues no tiene en cuenta que esta norma antes que definir el concepto enlista aquellos eventos en los que se presume el abuso de la posición dominante ante los usuarios por la inclusión en el contrato de condiciones uniformes de un determinado tipo de cláusulas, relación que en todo caso no es exhaustiva, ya que se considera como abusiva cualquier estipulación contractual que limite en tal forma los derechos del usuario o los deberes del operador derivados del contrato, que se ponga en peligro la consecución de los fines de éste.

(v) Que en este caso no se presentó limitación alguna de los derechos contractuales de los usuarios o condicionamiento de las responsabilidades de la empresa, ni se puso en peligro la consecución de los fines contractuales; y que la Superintendencia en ningún momento tuvo en cuenta los elementos volitivos y teleológicos del abuso de la posición de dominio.

(vii) Que la entidad demandada edificó el segundo cargo sobre el primero, es decir, una vez estableció la supuesta infracción de los artículos 147 y 148 de la Ley 142 de 1994 concluyó de manera inmediata que hubo violación de las normas que proscriben el abuso de la posición de dominio frente al usuario, lo cual es equivocado, pues ésta es una conducta que tiene sus propias características y exigencias probatorias y no se presenta necesaria y concomitantemente siempre que se infringe otra norma; si se aceptara esta tesis, todas las infracciones a una norma que obligue a un operador serían a la vez

constitutivas de abuso de la posición de dominio.

(viii) Que se echa de menos en la investigación la práctica de pruebas (lo que realmente resulta en una violación al debido proceso) tendientes a demostrar a) que la empresa procedió a efectuar los ajustes necesarios en beneficio de los usuarios en absoluto respeto y reconocimiento de sus derechos legales y contractuales, pues, se insiste, no es practica suya obtener beneficio de sus usuarios cuando el servicio se suspende por causas que no le son imputables; y b) que no existe la intencionalidad de cobrar el cargo fijo a los usuarios cuando hay suspensión del servicio por actos de terceros (aunque a veces sea necesario efectuar ajustes respecto de tales cobros) y que tampoco pretende lucrarse o beneficiarse de esos cobros.

(ix) Que no se configura en este caso ni una voluntad de abusar del usuario ni se aprecian conductas que tengan por finalidad lucrarse a expensas de los usuarios sin contraprestación alguna para ellos, porque una vez se advirtió el error se reversó lo pagado por éstos.

2.2.- Contestación de la demanda

La **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** contestó la demanda y se opuso a cada una de sus pretensiones. Se refirió a los cargos de la demanda señalando al efecto:

2.2.1. Sobre el cargo primero:

(i) Que los actos administrativos acusados fueron expedidos con respeto de los presupuestos de orden constitucional y legal que rigen las actuaciones administrativas, así como del debido proceso y del derecho de defensa de la investigada, a quien se le concedieron los recursos de ley frente a tales decisiones.

(ii) Que en virtud del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, le corresponde a la Superintendencia vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos quienes prestan dichos servicios públicos y, de ser el caso, sancionar sus violaciones, y que en el caso bajo estudio existieron razones de orden legal para dar inicio a la investigación y para posteriormente imponer la sanción que hoy se demanda.

(iii) Que se encuentra demostrado que la empresa demandante incumplió las disposiciones consagradas en los artículos 147 y 148 de la Ley 142 de 1994, normas que hacen alusión a la naturaleza y requisitos de las facturas de los servicios públicos y cuya finalidad primordial es la de dar a conocer a los usuarios o suscriptores el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos.

(iv) Que el artículo 90 ibídem estableció los elementos que forman parte de la fórmula tarifaria, es decir, los cargos que pueden ser

incluidos en el cobro por la prestación de los servicios públicos domiciliarios, sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación; que en desarrollo de dicha norma, en su numeral 2 se dispuso que es posible incluir el cobro de un cargo fijo *“que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso”*, costos éstos que son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia; y que el cobro del cargo fijo a los usuarios se efectúa independientemente de la utilización o no del servicio, siempre que éstos cuenten con la posibilidad de utilizarlo en el momento en que lo necesiten.

(v) Que si bien es cierto existe una obligación por parte del usuario de sufragar el concepto del cargo fijo, tal obligación está atada a la disponibilidad del servicio público, elemento que en el caso de la investigación administrativa atacada por la presente acción se echó de menos en todos los casos denunciados; que tal y como obra al expediente administrativo Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. facturó a sus usuarios el cobro del cargo fijo, en algunos casos por más de un año, sin que tuvieran la disponibilidad del servicio y sin que se hubieran tomado las medidas necesarias para resolver esta situación; y que aunque se tuvo en cuenta que la ausencia del servicio se debió al hecho de un tercero, concretamente al hurto de los elementos de red necesarios para prestarlo, no se demostró que la empresa hubiera tomado las medidas necesarias para conjurar dicha

situación, pues, por el contrario, continuó efectuando el cobro del cargo fijo desconociendo las normas ya citadas.

(vi) Que la multa impuesta corresponde al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, pues los usuarios que tuvieron que soportar la no prestación del servicio se vieron seriamente afectados con tal situación; que la Superintendencia sancionó a la demandante con multa de \$509.260.578.00 monto que fijó de acuerdo con lo señalado en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, esto es, en atención a factores determinantes para efectos de su graduación como el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, respetando además el tope de los 2000 salarios mínimos mensuales de que habla la norma; y que el incumplimiento normativo en que incurrió la investigada tuvo la naturaleza de grave, pues facturó a sus usuarios en varias regiones del país el cobro del cargo fijo por periodos que van desde uno, tres, seis, ocho y doce meses, sin que los usuarios tuvieran la disponibilidad del servicio, y sin que la empresa tomara las medidas necesarias para conjurar la situación ni dispusiera los mecanismos para no efectuar el cobro de dicho concepto.

2.2.2. Sobre el cargo segundo:

(i) Que el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994 al referirse a la posición dominante la define como la que *“tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto*

al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

(ii) Que el cargo se formuló contra la actora por una práctica comercial restrictiva de carácter unilateral, es decir, el abuso de posición dominante, cuya protección en relación con los usuarios está en cabeza del Estado.

(iii) Que las disposiciones sustantivas y contractuales endilgadas como violadas en los actos administrativos atacados son claras al señalar la prohibición expresa de abusar de la posición dominante, y que por ello no se comparte la afirmación de Colombia Telecomunicaciones en el sentido que éstas no definen tal abuso.

(iv) Que de la Resolución CRT 087 de 1997 se tiene que para el regulador el abuso de la posición dominante se da en particular en: a) la posibilidad de acceso técnico; b) el conocimiento de los costos, precios, y tarifas aplicables; c) el plazo de suministro; d) la distribución equitativa en caso de escasez; e) el plazo de reparación; y f) el cumplimiento estricto y objetivo de las condiciones uniformes referidas en los contratos de servicios públicos que celebra el operador con sus usuarios ajustándose a los parámetros de calidad.

(v) Que el cargo formulado a la demandante obedeció a la interpretación de las disposiciones vigentes sobre abuso de posición dominante, en especial respecto del último de los ítems mencionados

en el punto anterior, por cuanto que la empresa no dio estricto y objetivo cumplimiento a la cláusula núm. 3 del contrato de condiciones uniformes referida a las obligaciones de la empresa, estipulación que es del siguiente tenor: **“Facturar el servicio de forma tal, que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al Suscriptor o Usuario, o el valor de bienes o servicios efectivamente recibidos...”**¹ (Subrayado de la SSPD)

(vi) Que la SSPD luego de la valoración de las pruebas que fueron expresamente señaladas en la decisión atacada y que obran en el expediente encontró que la demandante incumplió las disposiciones imputadas como violadas en el pliego de cargos.

(vii) Que el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 no es la única disposición que prohíbe el abuso de la posición dominante de las empresas respecto de los usuarios; que esta disposición presume el abuso de la posición dominante de las empresas de servicios públicos en las cláusulas que contengan lo allí señalado; que en el caso en estudio no se hizo alusión a la existencia de las cláusulas prohibitivas del artículo 133, sino que se imputó el desconocimiento de la empresa del contenido de las obligaciones que ella misma fijó en su contrato; y que la formulación del cargo correspondió al análisis sistemático de las disposiciones vigentes que permiten estructurar el incumplimiento de la investigada tomando como sustento disposiciones especiales en materia de prohibición de abuso de la posición dominante consagradas

¹ Transcribe en este aparte las consideraciones que sobre este punto hizo la SSPD en la resolución por la cual se desató el recurso de reposición.

en la Ley 142 de 1994 y desarrolladas por la Comisión de Regulación quien en cumplimiento de sus facultades de regulación señaló en particular las conductas que considera abusivas de la posición de dominio, como antes se anotó.

(viii) Que dada la reconocida posición dominante que ostentan las empresas frente a los usuarios, en la actual normatividad se tiene previsto que las cláusulas contractuales no solamente deben ajustarse a los parámetros señalados en la Ley (no deben incluir cláusulas abusivas), sino que adicionalmente las empresas prestadoras de los servicios de TPBC deben cumplirlas estricta y objetivamente.

(ix) Que los servicios públicos domiciliarios están directamente relacionados con la satisfacción de necesidades básicas de las personas y son uno de los fines esenciales del Estado, y por ello diferentes autoridades administrativas con funciones delegadas del Presidente de la República tienen la tarea de intervenir en su desarrollo para garantizar la prestación continua y eficiente de tales servicios.

(x) Que, tal como se dijo en los actos acusados, no es requisito para el ejercicio de las facultades de control que tiene la Superintendencia que los hechos investigados impliquen afectación generalizada en los usuarios de una empresa, pues basta simplemente que se demuestre el incumplimiento.

III.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 13 de octubre de 2011 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

3.1. *Sobre el cargo de indebida interpretación y aplicación de la facultad sancionatoria, afirmó:*

(a) Que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la prestación de éstos² y que en dicho escenario el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 la faculta para imponer una serie de sanciones, según la naturaleza y gravedad de la falta, y que en el caso particular de las multas éstas pueden aplicarse hasta el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales, conforme a los criterios fijados para ello.

(b) Que el acto sancionatorio acusado califica la falta de grave, por la facturación del cargo fijo sin tener la disponibilidad del servicio por parte de sus usuarios, en consideración a los siguientes criterios: (i) los usuarios afectados se encontraban en varias regiones del país, tales como los Departamentos del Meta, Boyacá, Cundinamarca, Nariño, Magdalena y Sucre; (ii) el lapso durante el cual los usuarios estuvieron sin servicio de telefonía se consideró excesivo, dado que va de un mes a un año; (iii) pese al anterior tiempo sin servicio, la empresa no adoptó medidas necesarias para no cobrar el cargo fijo mientras el servicio no

² Cita como fundamento normativo de esa competencia los artículos 365, 367, 369 y 370 de la C.P.

se encontraba disponible; (iv) la empresa obtuvo un beneficio sin que existiera la contraprestación para los usuarios; (v) lo anterior afectó a los usuarios por la no disponibilidad del servicio; (vi) la sanción impuesta corresponde al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio; y (vii) el artículo 81 citado permite en materia de multas que éstas se impongan hasta un monto de 2000 salarios mínimos mensuales, límite que se respetó al fijarse en este caso en la suma de \$509.260 578.oo.

(c) Que, contrario a lo expuesto por la parte actora, sí existió motivación en relación con la dosimetría de la sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a Colombia Telecomunicaciones distinta a la calificación de gravedad de la falta y al beneficio que obtuvo con el cobro del cargo fijo cuando no tuvo disponible el servicio de telefonía a los suscriptores a quien se los facturó, motivación que no resulta falsa ni en los supuestos de hecho ni en los de derecho, toda vez que las pruebas obrantes en el expediente contentivo de la investigación administrativa dan cuenta de lo anterior, además de que en efecto no se encuentra que la sanción impuesta esté por fuera de los criterios que el legislador señaló en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

(d) Que el reajuste hecho por la suma de \$100.000.000.oo por los cobros del cargo fijo sin que el servicio a prestar estuviese disponible es un criterio más para dosificar la sanción y no el único como lo parece indicar Colombia Telecomunicaciones.

3.2. Sobre el segundo cargo, señaló:

(a) Que “[c]on fundamento en los principios tuitivos que el régimen jurídico consagra respecto de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, al punto de reconocerse la posición dominante de las empresas prestadoras de estos servicios, sobre aquellos, por lo que el actuar del Estado se vuelca en prevenir o sancionar su abuso, la Sala analiza que el artículo 147 de la Ley 142 de 1994, arriba transcrito, señala que la finalidad de la factura es que el suscriptor pueda determinar el valor de los bienes o servicios **provistos**, ya el numeral 11.1. del artículo 11 ídem, igualmente citado en precedencia, erige en obligación para las empresas de servicios públicos prestarlo **en forma continua y eficiente y sin abuso de la posición dominante**, lo que reitera en el artículo 6.1.1 de la Resolución 87 de 1997 de la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, luego en el artículo 148 de la misma ley 142, se informa que **no podrán cobrarse servicios no prestados** y finalmente, la cláusula 3ª del contrato de condiciones uniformes, la empresa se obliga **a facturar el servicio en donde el elemento principal del precio sea el consumo o el valor de los bienes o servicios efectivamente recibidos**”. (negrillas originales)

(b) Que “[s]e tiene aceptado por las partes que el servicio de telecomunicaciones no estuvo disponible para algunos suscriptores, en varias regiones del país, según se examina en la Resolución SSPD -

200734000038325 del 12 de diciembre de 2007, acorde con el material probatorio allí relacionado de las páginas 1 a la 7, en tiempos que transcurrieron de un mes a un año, y sin embargo Colombia Telecomunicaciones SA ESP, (Telecom) les facturó el cargo fijo”.

(c) Que “[l]a Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en su acto sancionatorio, explicó que si bien no puede exigirle a la empresa de servicios públicos la reposición indefinida de los elementos de redes hurtados, eso no significa que la empresa pueda cobrar un cargo fijo por un servicio que no está en capacidad de suministrar, criterio que se comparte en esta sede judicial”.

(d) Que “[d]el escrito contentivo del recurso de reposición elevado por Telecom, se advierte que la empresa acepta que no debe cobrar el cargo fijo cuando el servicio no ha sido prestado, al punto que afirman que en aplicación a la ley vigente, en marzo de 2007 procedieron a ajustar sus procedimientos, de tal suerte que ordenaron devolver el cobro del cargo fijo en el evento de estar por más de 15 días una línea sin servicio e igualmente, se dispuso revisar los casos de tiempos fuera de servicio (tfs) materia de investigación que en el 2007 alcanzó la suma de \$101 000000, debiendo puntualizar la Sala que sobre los hechos materia de investigación empezaron a tener ocurrencia a partir de la vigencia 2006”.

(e) Que de lo anterior se concluye que “Colombia Telecomunicaciones pese a no estar suministrando el servicio de telefonía a algunos de sus

suscriptores, les realizó cobros de cargo fijo como si tal servicio estuviese en operación, requisito esencial para su facturación y no de la factura, como lo percibe Telecom” y que “el hecho de haber ajustado sus procedimientos y devolver las sumas por el cobro de lo no debido, no significa una especie de olvido o perdón por la conducta irregular en la que se incurrió, siendo que la normatividad es clara en determinar que son posibles los cobros por los servicios y bienes efectivamente entregados o que se encuentren en disponibilidad para su utilización y se agrega, que el procedimiento de ajuste se adelantó una vez la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios les formuló pliego de cargos”.

(f) Que siendo clara la posición de dominio de la empresa frente al usuario, no existe duda que Telecom (hoy Colombia Telecomunicaciones) incurrió en un abuso de su posición, que fue corregido ante la intervención del ente de control y vigilancia.

(g) Que “[e]l elemento volitivo o intencional no se predica de las personas jurídicas sino únicamente de las naturales, por lo que la crítica acerca de no estudiarse si tenían la intención de beneficiarse o no, resulta improcedente, además porque la Corte Constitucional ha declarado exequible las formas de responsabilidad objetiva en las investigaciones administrativas, por considerar que el debido proceso no está impregnado de los principios aplicables en el derecho penal, en el que es de su naturaleza estudiar y decidir sobre la responsabilidad subjetiva del presunto infractor de la ley penal”.

(h) Que en la actuación adelantada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en contra de Colombia Telecomunicaciones SA ESP se respetó el debido proceso, pues la sancionada pudo solicitar pruebas (aunque no lo realizó) conoció oportunamente y con claridad los cargos que se le endilgaron (los que se fundaron en normas preexistentes, así como en sus propias cláusulas contractuales), elevó el recurso de ley (que fue atendido en todos sus extremos) y la sanción impuesta estuvo dentro de los límites que el legislador ha consagrado para ello.

IV.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso en forma oportuna recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y lo sustentó en los siguientes términos:

“El A- que apoyó la posición de la Superintendencia en el sentido, que para el cálculo de la sanción tuvo en cuenta que la **Empresa obtuvo un beneficio sin contraprestación para sus usuarios.**

La falta de motivación de la sanción alrededor de su monto se desestimó por parte del Honorable Tribunal al considerar:

2.1.1. Que si hubo motivación suficiente para imponer la sanción.

2.1.2. Que una de esas motivaciones fue el beneficio obtenido por la Empresa.

En relación con el primer punto, la Empresa no discutió que no hubiera motivación para sancionar, si no que no hubo ninguna motivación que explicara, cómo un error reconocido y corregido por la Empresa, cuyo monto estuvo cercano a los \$100.000.000, da lugar a una sanción cinco (5) veces su valor.

A la fecha, la Empresa continúa ignorando cuál fue el proceso intelectual adelantado por la Superintendencia para imponer una la sanción pecuniaria de tal entidad. El desconocimiento de este valor o juicio, ha impedido ejercer el derecho a controvertir tales razones. Solo esta situación debe dar lugar a la prosperidad del motivo de violación imputado en la demanda, es decir, la falsa o ausente motivación de una sanción multiplicada en cinco (5) veces el valor del error cometido por la Empresa.

En relación con el segundo punto, en muy diversas piezas del expediente se aporta el conocimiento, de que la Empresa no obtuvo beneficio o lucro alguno de su error - corregido.

No es clara la posición del A-quo que da lugar a la afirmación en el fallo que se recurre, sobre la indebida aplicación de las normas sobre abuso de posición de dominio, por parte de mi representada.

En relación con la violación de los artículos 11.1 de la ley 142 de 1994, 6.1.1 de la resolución 87 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y cláusula sexta numeral tercero del contrato de condiciones uniformes, confirmó la Superintendencia el cargo por las siguientes razones:

*“las normas que componen la formulación de este cargo, proscriben **la práctica o ejecución de actos** que tengan por **objeto** abusar de la posición de dominio...”; “...En el caso en estudio la empresa al cobrar el cargo fijo sin que 105 usuarios tengan la disponibilidad, denota un abuso de su posición dominante...”. También menciona el acto impugnado que “...no es acertado afirmar que únicamente se configura abuso de posición de dominio... cuando se dan las condiciones señaladas en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la norma en cita solamente establece una presunción de abuso... Sin embargo, en la normatividad vigente en materia de servicios públicos existen otras disposiciones que reprochan el abuso de la posición de **dominio**...”.*

Se han resaltado algunas palabras con el fin de hacer patente que en sus consideraciones la Delegada señala con acierto los dos requisitos que se requieren para que se configure el abuso de la posición de dominio: una intención traducida en una conducta consiente y deliberada (aspecto volitivo) encaminada a la obtención de un fin o resultado que se quiere o se persigue (aspecto teleológico).

Así, el aspecto volitivo y el aspecto teleológico de la conducta de la Empresa han debido ser objeto de análisis, y sobre todo, de la aplicación de medios probatorios por parte de la entidad sancionadora, no solo porque quien introduce el planteamiento es el acto sancionatorio, sino porque ello

corresponde al debido proceso aplicable al derecho administrativo sancionatorio, como pasa a verse.

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, existe amplia jurisprudencia que afirma que los principios del derecho penal si son aplicables al derecho penal administrativo, y que el debido proceso, particularmente en lo relacionado con la prueba de la conducta materia de la sanción, debe ser observado en todos los casos.

[...]

Así, en el caso materia de juicio se ha debido probar la afirmación implícita y explícita de los actos acusados, de que fue la intención de la Empresa abusar de sus usuarios y que eso se hizo con el fin predeterminado de obtener un beneficio económico además injustificado. Nada de eso se hizo durante el procedimiento administrativo, ni fue objeto de análisis por parte del Tribunal al expedir el fallo a controvertir.

En relación con el punto 4, no es que la Empresa haya estado en incapacidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, sino que el Tribunal fue sordo a los que expuso la Empresa. En efecto, la argumentación de la Empresa al formular el cargo fue que las normas sobre abuso de posición de dominio que la entidad demandada estimó vulneradas por Colombia Telecomunicaciones, se refieren exclusivamente a situaciones contractuales, no a situaciones diferentes como la errática facturación.

Se esmeró la demandante tanto al recurrir como al demandar, en demostrar que en materia de servicios públicos domiciliarios el abuso de posición de dominio fue concebido legal y regulatoriamente solo para situaciones contractuales, no para situaciones de hecho. En otras palabras, si bien la Empresa durante todo el proceso administrativo reconoce su error al facturar cargos fijos estando suspendido el servicio por hechos de terceros, y tanto lo reconoce que efectuó las devoluciones del caso, tal error aunque censurable, no lo es por las normas que la Superintendencia estimó vulneradas.

Recurso y demanda abundan en la demostración de que el abuso de posición de dominio solo está previsto en dos situaciones contractuales, y que si con ánimo proteccionista se puede extender a una tercera situación contractual, tales situaciones no se presentaron en la conducta sancionada. Es esto lo que lleva a la conclusión a la que ha debido llegar el Honorable Tribunal, ya que si la intención de la **SSPD** era sancionar a **Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP**, ha debido citar como vulneradas otras disposiciones diversas de las de abuso de posición de dominio.

Los argumentos de la Empresa resaltan que las situaciones de abuso de posición de dominio, como máximo, son las siguientes en materia de servicios públicos domiciliarios:

1. El empleo de cláusulas típicas (por así llamarlas) de abuso de posición de dominio (art. 133 numerales 1 a 25 de la ley 142 de 1994).
2. El empleo de cláusulas atípicas de abuso de la posición de dominio (art. 133.26 de la ley 142 de 1994).
3. La introducción de condiciones de ejecución no escritas que limiten los derechos contractuales del usuario o limiten las obligaciones de la misma naturaleza que tiene el operador.

[...]

Así, con fundamento tanto en la doctrina generalmente aceptada como en el contenido normativo de la ley 142 de 1994, podemos afirmar que el abuso de la posición de dominio del operador frente al usuario de los servicios públicos domiciliarios, es un tema estrictamente contractual circunscrito en su tipicidad al artículo 133 de la mencionada ley, aunque como lo indica el acto impugnado, diversas normas se refieran a su proscripción.

En relación con el cargo, debemos anotar que las normas que se citan como violadas (artículo 11.1 de la ley 142 de 1994, artículo 6.1.1. de la resolución 87 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), precisamente, prohíben el abuso de la posición de dominio pero no lo definen. La cláusula contractual que se señala como violada establece -de modo similar a lo estipulado en el artículo 146 de la ley 142 de 1994 cuya violación fue desestimada por el Despacho- como una obligación de la Empresa considerar el consumo como el principal elemento del precio que se cobra al usuario, sin embargo no se hace alusión a la definición de abuso de posición de dominio.

[...]” (Fls. 144 a 152 del expediente – negrillas originales)

V.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La parte actora reitera los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación.

La entidad demandada se opone a la prosperidad del recurso de apelación e invoca para el efecto las mismas consideraciones que expuso a lo largo de la primera instancia.

El Ministerio Público guardó silencio.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1. Los actos acusados

Se encuentran representados en las resoluciones números SSPD-20073400038325 del 12 de diciembre de 2007 y SSPD-20083400003655 del 12 de febrero de 2008, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante las cuales, en su orden, se sanciona a la empresa demandante con multa por valor de \$509.260.578.00 y se resuelve un recurso de reposición en el sentido de confirmar esta decisión.

6.2. Delimitación de la controversia en segunda instancia y alcances de lo decidido frente al fallo apelado.

Para efectos de determinar el objeto de la controversia en esta instancia es preciso tener en cuenta los siguientes antecedentes:

(i) La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios inició un procedimiento administrativo³ contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. que concluyó con las resoluciones sancionatorias demandadas. En el cuaderno anexo núm. 1, contentivo de los antecedentes administrativos de dichas decisiones, obra copia auténtica del Pliego de Cargos núm. 20073400077711 del 2 de marzo de 2007⁴, en el que la entidad demandada formuló a la citada empresa dos cargos diferentes, así:

“- PRIMER CARGO. PRESUNTA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 146, 147 Y 148 DE LA LEY 142 DE 1994.

[...]

Una vez observadas las pruebas que obran en el expediente, el despacho encuentra que en varias regiones del país, los diferentes usuarios y el Ministerio Público coinciden en manifestar su inconformidad con la investigada, debido al presunto cobro que ésta hace en su facturación de los cargos fijos y consumos de los usuarios, aún cuando éstos no han hecho uso del servicio telefónico, porque el mismo no se está prestando como consecuencia del hurto generalizado de cables a nivel nacional.

Ahora bien, para el Despacho es claro, que los actos delictivos que se han presentado, impiden que Telecom preste a sus usuarios un servicio continuo y de buena calidad, pero también lo es, que al operador no le es dado cobrar un servicio que no provee. Teniendo en cuenta que los cargos incluidos en la tarifa deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso (artículo 90 de la ley 142 de 1994). Luego, es evidente que si Telecom no está prestando el servicio, no hay disponibilidad del mismo ni mucho menos consumo, por lo que no sería posible que la empresa realizara cobro alguno a los usuarios.

- SEGUNDO CARGO: PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 11.1 DE LA LEY 142 DE 1994, DEL ARTÍCULO 6.1.1 DE LA RESOLUCIÓN CRT 087 DE 1997 Y CLÁUSULA SEXTA No. 3 del CONTRATO DE CONDICIONES UNIFORMES DE TELECOM.

[...]

³ Radicado con el núm. 2007340350600005E.

⁴ Folios 70 a 79 del cuaderno anexo 1.

En este orden de ideas, la fundamentación del presente cargo se fundamenta en el supuesto abuso de la posición dominante, al cobrar el cargo fijo (léase cargo básico según la denuncia) y cargo de consumo a los usuarios, sin que al parecer, se esté prestando efectivamente el servicio, vulnerando con dicha conducta el contenido de su propio contrato de condiciones uniformes, por lo que hace presumir abuso de su posición dominante frente a los usuarios.”

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. mediante escrito radicado ante la SSPD el 20 de marzo de 2007⁵ dio respuesta al citado pliego de cargos, refiriéndose a las dos censuras formuladas por la entidad de inspección, vigilancia y control.

Mediante las Resoluciones núm. SSPD-20073400038325 del 12 de diciembre de 2007 y SSPD-2008340003655 del 12 de febrero de 2008⁶, actos aquí demandados, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios concluyó el procedimiento administrativo imponiendo a Colombia Telecomunicaciones una sanción consistente en multa por valor de \$509.260.578.00). En esta decisión administrativa se encontraron probados los dos cargos imputados por la Superintendencia, exceptuando en el primero la violación del artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

(ii) Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. interpuso demanda contra estas resoluciones en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y formuló en ella dos acusaciones, que denominó así: *“Falsa motivación al expedirse una decisión administrativa [fundada] en*

⁵ Folios 95 a 99 del cuaderno anexo 1.

⁶ Folios 36 a 49 y 50 a 63 del cuaderno principal.

antecedentes de hecho y de derecho erróneos” y “Quebrantamiento directo del principio de legalidad, por infracción de normas superiores”. En el primero básicamente cuestionó la dosimetría de la sanción. Y en el segundo, controvirtió los argumentos en que se sustentaron los dos cargos formulados en sede administrativa.

(iii) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada de fecha 13 de octubre de 2011 despachó desfavorablemente todos los motivos de reproche aducidos por la demandante y negó las súplicas de la demanda, con apoyo en las consideraciones que se resumieron en el Capítulo III de esta providencia.

(iv) Al impugnar la sentencia de primera instancia la empresa demandante cifró su inconformidad puntualmente en dos aspectos de esta providencia: el primero, relativo a la dosimetría de la sanción demandada, y el segundo, relacionado con el abuso de la posición de dominio, el cual insiste no es aplicable a situaciones como la investigada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En el recurso de apelación Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. no cuestiona en modo alguno las consideraciones del juez de primera instancia en relación con el primer aspecto del segundo cargo de la demanda, esto es, el referido a la violación de los artículos 147⁷ y 148⁸

⁷ “Artículo 147. Naturaleza y requisitos de las facturas. **Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios**

de la Ley 142 de 1994 que tratan sobre la naturaleza y requisitos de las facturas de los servicios públicos domiciliarios.

Lo anteriormente señalado permite a la Sala concluir que el *objeto de la controversia en segunda instancia* consiste en determinar si los actos administrativos acusados son violatorios o no de las disposiciones jurídicas contenidas en los artículos 14.13 (concordante con el artículo 133) y 81 de la Ley 142 de 1994, el primero, por desconocerse supuestamente que la conducta investigada no constituye abuso de la posición de dominio, y el segundo, por no explicarse cómo se determinó el monto de la sanción demandada. La prosperidad de estas acusaciones daría lugar a la nulidad de la sanción demandada solo en cuanto se refiere al segundo cargo formulado en sede administrativa, pues frente al primer cargo relativo a la violación de los artículos 147 y 148 de la Ley 142 de 1994 no se desvirtuó la presunción de legalidad los actos acusados, quedando en firme lo

públicos. || En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico. Las sanciones aplicables por no pago procederán únicamente respecto del servicio que no sea pagado. || En las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos podrá preverse la obligación para el suscriptor o usuario de garantizar con un título valor el pago de las facturas a su cargo. [...]” (resaltado ajeno al texto original)

⁸ Artículo 148. Requisitos de las facturas. Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan éstos y su precio con los de períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago. || En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. **No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos**, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.” (negrillas agregadas)

decidido por el Tribunal en este aspecto, al no ser ello controvertido en esta instancia, tal como quedó expuesto.

6.3. Análisis de la impugnación

6.3.1. El abuso de la posición de dominio

Insiste Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. en el recurso de apelación en que de acuerdo con la Ley 142 de 1994 el abuso de la posición de dominio solo es predicable frente a situaciones contractuales y no respecto de situaciones como la relativa al cobro del cargo fijo encontrándose suspendido el servicio, y alega que si la intención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios era sancionarla ha debido citar como violadas otras normas legales distintas a las que se refieren a dicha conducta. Agrega que, de aplicarse esa figura, en todo caso debió acreditarse en el proceso que fue intención suya abusar de su posición de dominio frente a sus usuarios, ya que la responsabilidad en este caso supone que se pruebe la culpabilidad.

En el análisis de esta acusación la Sala se referirá, a manera de premisa general, a algunos aspectos fundamentales de los servicios públicos y a la intervención del Estado en ellos (6.3.3.1.), luego examinará las disposiciones constitucionales y legales referidos a la posición de dominio (6.3.3.2), y finalmente responderá los cuestionamientos de la demandante con arreglo a estas consideraciones previas, negando su prosperidad (6.3.3.3.).

6.3.3.1. *Consideraciones generales sobre los servicios públicos y la intervención del Estado en ellos.*

(i) La concepción del Estado Social de Derecho comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (artículos 1 y 2 de la C.P.). Dentro de ese contexto, el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer, de un lado, que los mismos son **inherentes a la finalidad social del Estado** y, de otro, que es deber de éste **asegurar su prestación eficiente** a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.).

(ii) El artículo 365 de la Constitución Política, además de consagrar lo antes señalado, establece que el régimen jurídico de los servicios públicos será el que fije la ley, y que éstos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero que en todo caso, *“el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”*. En efecto, para la prestación de los servicios públicos se permite la concurrencia tanto de particulares como del Estado, reservándose éste, en todo caso, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad. Lo anterior, en consideración a que, según el artículo 334 Superior, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, quien

intervendrá, por mandato de la ley, en las áreas allí determinadas, entre ellas la relativa a los servicios públicos.

Esta participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, además, está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que **el Estado**, por mandato de la ley, impedirá que se restrinja u obstruya la libertad económica y **evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

(iii) La noción de servicios públicos es amplia y comprende la categoría especial de los servicios públicos domiciliarios⁹, los cuales han sido definidos como *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”*¹⁰. Precisamente el artículo 367 de la Constitución Política se ocupa de manera especial de los

⁹ Conforme lo ha precisado la Corte Constitucional, “...el contenido social de los fines del estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas” (Sentencia C-353 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

servicios públicos domiciliarios, indicando que corresponde al legislador fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de esta categoría de servicios públicos y regular su cobertura, calidad y financiación, así como el régimen tarifario, que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

De otro lado, en armonía con el mandato constitucional que señala que el Estado en todo caso mantiene la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, el artículo 370 ibídem estableció como atribución del Presidente de la República la de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios¹¹, y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

(iv) En uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 de 1994. De acuerdo con esta normativa, el Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia definidas en esa ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política para alcanzar, entre otros, los siguientes fines: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; la

¹¹ Función que ejerce a través de las Comisiones de Regulación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; la prestación eficiente; y la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante (art. 2º numerales 2.1., 2.4., 2.5. y 2.6.).

6.3.3.2. *Examen de algunas normas relevantes referentes a la posición de dominio.*

La Constitución Política, como se advierte de lo antes expuesto, no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado. Lo que impone al Estado es la obligación de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional (art. 333 inc. 4º).

La Ley 142 de 1994, en armonía con la Constitución, establece como uno de los fines de la intervención estatal en el sector de los servicios públicos domiciliarios garantizar la libre competencia e impedir el abuso de la posición dominante (art. 2.6), todo con miras a realizar la finalidad social que caracteriza a dichos servicios. En ese orden, se consagra en esta legislación un régimen especial en el que se define en qué consiste la posición de dominio y se establecen unas reglas para evitar el abuso de esa posición, algunas de ellas las siguientes

- El artículo 14.13 de esta normativa señala que la *posición dominante* “es la que tiene una empresa de servicios públicos

respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado". En el primer caso, se establece que la empresa de servicios públicos domiciliarios *per se* tiene una posición dominante frente a los usuarios. Y en el segundo, se establece cuándo una empresa tiene una posición dominante respecto al mercado de sus servicios y de sus sustitutos próximos.

- De otro lado, establece esta ley que para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen, entre otras obligaciones, las de *“asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros”* y *“abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia”* (artículos 11.1. y 11.2.).
- En armonía con esta disposición, prevé igualmente la Ley 142 de 1994 que las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia, señalando como restricciones indebidas a la competencia, entre otras, el abuso de la posición dominante al que se refiere el

artículo 133 de dicha ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.

- El artículo 133 ibídem establece expresamente unas cláusulas de los contratos de servicios públicos en los que se presume el abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos y, de modo general, prevé que se considerará como una cláusula de esa naturaleza cualquiera otra que limite en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo.
- Es función de las comisiones de regulación promover la competencia entre quienes presten servicios públicos para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad (art. 73). Como función especial de la comisión de regulación de telecomunicaciones se consagra la de promover la competencia en el sector de telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de la posición dominante (art. 74.3 literal a).

6.3.3.3. Respuesta a los cuestionamientos de la demandante.

(i) En el contexto del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios previamente examinado, encuentra la Sala

equivocada la afirmación de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. según la cual de acuerdo con la Ley 142 de 1994 el abuso de la posición de dominio solo es predicable frente a situaciones atinentes a la celebración del contrato y no respecto de situaciones como la relativa al cobro del cargo fijo encontrándose suspendido el servicio. A este respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i.1. El postulado constitucional de la vinculación de los servicios públicos a la finalidad social del Estado y del deber de éste de **asegurar su prestación eficiente** a todos los habitantes del territorio nacional que inspira y gobierna el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios permite concluir que las normas que prohíben el abuso de la posición dominante de las empresas que prestan tales servicios son aplicables no solo en la celebración del contrato de condiciones uniformes sino en aspectos distintos a éste como los relativos a su ejecución.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios ostentan *per se* una posición de dominio frente a sus usuarios, tal como lo reconoce la ley (art. 14. 13 de la ley 142 de 1994). Y esa posición, en primer lugar, se expresa en el momento en que éstos se vinculan con aquella a través del contrato de condiciones uniformes, siendo por ello que la ley para evitar el abuso que tal condición supone establece unas cláusulas cuya inclusión en dicho acuerdo se considerarse abusiva de dicha posición (art. 133 *ibídem*).

No obstante lo anterior, es claro que la relación entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no se reduce a la sola celebración del acuerdo jurídico, sino que se extiende más allá, precisamente al campo de la ejecución del contrato en el que se verifica el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato celebrado, entre éstas a cargo de la empresa las relativas a la prestación del servicio en condiciones de calidad y de forma continua e ininterrumpida o al cobro únicamente por los bienes o servicios provistos y por los servicios efectivamente prestados. En este aspecto también la conducta de la empresa puede derivar en abusos de su posición de dominio y es necesaria entonces la intervención estatal para asegurar la prestación eficiente de dichos servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

i.2. Debe tenerse presente en efecto que la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios tiene, entre otros objetivos, asegurar la prestación continua y eficiente de tales servicios y garantizar la libre competencia y evitar la utilización abusiva de la posición de dominio (art. 2 de la Ley 142 de 1994).

En desarrollo de ese mandato, la Ley 142 de 1994, de *modo general*, impuso a las empresas de servicios públicos domiciliarios la obligación de prestarlos en forma continua y eficiente y sin abuso de la posición de dominio que pueda tener respecto a sus usuarios o a terceros, tal como se anotó previamente (art. 11), sin distinguir si esa obligación recaía solamente en las cláusulas de los contratos celebrados con

éstos, de forma tal que dicho deber jurídico es exigible respecto de **todas las conductas** de las empresas frente a sus usuarios.

Luego, estableció que las empresas en todos sus actos y contratos deben abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia (art. 34), y señaló a título enunciativo algunas conductas que se consideran como restricciones indebidas de la competencia, entre éstas, el abuso de la posición dominante a que se refiere su artículo 133 independientemente de la otra parte contratante y de la clase de contrato (34.6.). Esa consagración de dicha forma indica a todas luces que el legislador no consideró como únicas prácticas restrictivas las señaladas en esa norma sino cualquier otra que tenga ese propósito y que se concrete en un **acto** o contrato **de las empresas de servicios públicos, como sería el abuso de la posición de dominio en ámbitos distintos al de la sola suscripción del contrato.**

De otro lado, en el artículo 74.3 literal a) de la ley comentada se facultó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (quien vía delegación ejerce la función del Presidente de la República de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia del servicio público de telefonía) para adoptar las **medidas necesarias** para impedir abusos de la posición dominante, la cual, se repite, no se reduce al campo de la celebración del contrato.

Esta Comisión precisamente en el artículo 6.1.1. de la Resolución 087 de 1997 “Por medio de la cual se regula en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) en Colombia”, norma en que se sustenta la decisión administrativa demandada, dispuso que **“...los servicios de TPBC deberán ofrecerse y prestarse evitando en todo momento los abusos de la posición dominante frente a los usuarios y a los otros operadores de TPBC, en particular en cuanto a la posibilidad de acceso técnico, conocimiento de los costos y precios, tarifas aplicables, plazo de suministro, distribución equitativa en caso de escasez, plazo de reparación, cumplimiento estricto y objetivo de las condiciones uniformes referidas en los contratos de servicios públicos que celebra el operador con sus usuarios ajustándose a los parámetros de calidad”**. (se resalta)

i.3. En el presente asunto, tal como lo señaló la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y lo reconoció la propia empresa demandante, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. cobró en la factura del servicio de telefonía de distintos usuarios de varios municipios del país un valor correspondiente al cargo fijo del servicio, cuando éste no estaba siendo efectivamente prestado. Esta conducta, en criterio de la Sala, constituye un claro abuso de la posición de dominio que ostenta la empresa frente a sus usuarios, pues ésta no puede valerse de su condición para incumplir con sus obligaciones y cobrar un cargo fijo por un servicio que no presta.

La cláusula núm. 3 del contrato de condiciones uniformes de la empresa demandante indica que en la facturación se debe tener en

cuenta que en el precio que se cobre al suscriptor o usuario el elemento principal es el consumo o el valor de los bienes o servicios efectivamente recibidos. Esta estipulación -como lo concluyó la entidad demandada- no se cumplió rigurosamente por la parte actora, pues cobró un cargo fijo (que es valor que se autoriza incluir en la tarifa del servicio por los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio¹²), sin prestar efectivamente a sus usuarios el servicio de telefonía, conducta ésta que de acuerdo con el régimen jurídico antes examinado es constitutiva de abuso de la posición de dominio.

(ii) En cuanto tiene que ver con el argumento de la empresa demandante acerca de la necesidad de citar otras normas jurídicas distintas a las del abuso de la posición de dominio como sustento de la decisión sancionatoria, le basta a la Sala decir que ellas en efecto sí se citaron en las resoluciones demandadas y precisamente fueron las contenidas en los artículos 147 y 148 de la Ley 142 de 1994, cuya violación constituyó el cargo primero del pliego de cargos formulado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Sobre validez de la aplicación de estas disposiciones al caso concreto ya se pronunció el Tribunal y, como se advirtió en el capítulo 6.2. de estas consideraciones, lo decidido por él a este respecto no fue materia de impugnación por la demandante.

¹² De acuerdo con el artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994 como elemento de la tarifa de los servicios públicos se puede incluir “**un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso**”. (destaca la Sala)

De esta forma, aun si en gracia de discusión se admitiera que la conducta de la demandada no constituye abuso de su posición de dominio, es claro que en todo caso si sería violatoria del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios contenido en las citadas normas, al que todo prestador de éstos debe someterse so pena de ser sancionado¹³.

(iii) Finalmente, debe precisarse que el examen acerca de la inexistencia de culpabilidad de la empresa demandante no era de acuerdo con la Ley 142 de 1994 un aspecto que la Superintendencia debiera considerar, si se tiene en cuenta que es solo tratándose de las sanciones que se imponen a las personas naturales que la Ley 142 de 1994 prevé que se haga el análisis de la culpa del eventual responsable (art. 81, inciso final). En este caso, la entidad demandada inició una investigación por considerar que la conducta de la demandante violaba las normas a que ésta se encontraba sometida y adoptó la sanción correspondiente al encontrar debidamente acreditada dicha conducta consistente en realizar el cobro del cargo fijo del servicio sin que éste fuera prestado realmente a sus usuarios. Esta decisión, según se advierte del análisis del expediente administrativo, se adoptó respetándose el debido proceso y el derecho

¹³ En efecto, de acuerdo con el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 es función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: "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". Las sanciones que puede imponer la Superintendencia "a quienes violes las normas a las que deben estar sujetas" se encuentran establecidas en el artículo 81 de este mismo cuerpo legal.

de defensa de la empresa demandante, quien fue notificada debidamente de todas las decisiones proferidas a lo largo de la actuación, presentó las pruebas que estimó pertinentes para la defensa de sus intereses y recurrió a través de los medios legales pertinentes la resolución sancionatoria.

6.3.2. La dosimetría de la sanción impuesta

Aduce la empresa demandante que en las resoluciones demandadas la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no hubo ninguna motivación que explicara cómo un error reconocido y corregido, cuyo monto estuvo cercano a los \$100.000.000, dio lugar a una sanción de cinco (5) veces ese valor. Insistió, además, en que con la conducta sancionada nunca existió beneficio o lucro para la empresa.

Esta censura no está llamada a prosperar por lo siguiente:

(i) Para efecto de dosificar las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos se deben seguir los criterios establecidos en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 el cual dispone:

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

81.1. Amonestación.

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 factor 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. [...].

[...]"

Esta norma establece como criterios para imponer la sanción la *naturaleza y gravedad de la falta*, y para efecto de determinar la cuantía de la multa, cuando esta es la sanción a imponer, el *impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia*.

(ii) Al examinar las resoluciones acusadas encuentra la Sala que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sí hizo un análisis de razonabilidad y proporcionalidad para imponer la sanción, siguiendo además los criterios legales antes señalados. En la Resolución SSPD-20073400038325 del 12 de diciembre de 2007 se lee al respecto lo siguiente:

“Las sanciones administrativas que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 y para la determinación de la sanción procedente dicha norma prevé la aplicación de criterios tales como la naturaleza y gravedad de la falta, pudiéndose imponer multa hasta por el equivalente a 2.000 salarios mínimos mensuales.

Por otra parte, atendiendo a la capacidad financiera de las empresas, el valor máximo de la multa a imponer será el menor valor que resulte entre 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes o el 1 % de los ingresos brutos operacionales del año inmediatamente anterior, si la empresa prestó el servicio durante todo el año.

Aplicando estos criterios al caso bajo estudio, el despacho considera que el incumplimiento normativo en que incurrió la empresa COLOMBIA

TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, descrito en las consideraciones del despacho, se califica como grave toda que la investigada facturó a sus usuarios en varias regiones del país entre las que se puede citar las siguientes: en Cundinamarca se recibieron denuncias de los municipios de la Mesa, La Calera, Choachí, Une, Chipaque y pandi; en Boyacá del municipio se (sic) San Pablo de Borbur; en el Meta del municipio de Upía; en Nariño de Ipiales; en Sucre de Coveñas, y de la ciudad de Santa Martha del departamento de Magdalena, en algunas oportunidades el cobro del cargo fijo se presentó por periodos que van desde uno, tres, seis y ocho meses hasta un año, sin que los usuarios tuvieran la disponibilidad del servicio.

Adicionalmente, para el cálculo de la sanción se considera que la conducta afectó a los usuarios de las zonas mencionadas en el párrafo anterior y que ésta se extendió por mucho tiempo sin que la empresa tomara las medidas necesarias para no cobrar a los usuarios el cargo fijo u otros conceptos, sin tener la disponibilidad del servicio, obteniendo un beneficio sin contraprestación para los usuarios.”

Por su parte, en la Resolución SSPD-20083400003655 del 12 de febrero de 2008 se expresó lo siguiente:

“[E]l artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994 prevé el monto de la sanción como la facultad que le asiste a la autoridad administrativa para graduarla, teniendo en cuenta factores como: impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia.

En el caso en estudio, durante la investigación, la administración tuvo suficientes elementos de juicio para adecuar la sanción al hecho investigado, por cuanto la multa impuesta es la correspondencia al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público.

[...]

En el presente caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a la demandante con multa de \$509.260.578, monto que fue fijado en concordancia con lo señalado en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, esto es, en atención a factores determinantes para efectos de su graduación, cuales son, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público. Igualmente, se respetó el límite máximo permitido en el mencionado artículo.”

(iii) Según se advierte claramente, la entidad demandada sí justificó en las resoluciones demandadas la naturaleza de la sanción impuesta, al

señalar que la conducta investigada, constituía una *falta grave* que daba lugar a una multa. Esa calificación en efecto es pertinente en criterio de la Sala, pues resulta de la mayor gravedad que una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios no garantice una prestación continua, ininterrumpida y eficiente del servicio y además de ello cobre a sus usuarios cargos por servicios no prestados.

Igualmente, la Superintendencia justificó el *quantum* de la multa al advertir que el valor de ella obedecía al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio, impacto que por lo dicho es evidente en este caso, en el que hasta por periodos de ocho meses se hicieron cobros a los usuarios de la empresa demandante sin tener éstos siquiera disponible el servicio de telefonía. Contrario a lo que supone la demandante, el valor de la multa no se puede determinar por el daño patrimonial que sufrieron los usuarios (quienes pagaron por concepto de cargo fijo del servicio una suma de \$100.000.000.00) sino, como lo indica la norma, a partir del impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio que, se insiste, fue muy grande en este caso.

6.4. Conclusión

En el anterior contexto, al no haber sido desvirtuados los fundamentos de la sentencia apelada, la Sala la confirmará.

Por 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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 13 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: RECONOCER personería a los Abogados Rafael Alexis Torres Luquerna, Mario Luis Hinestroza Ortiz y Gressy Karenly Rojas Cardona como apoderados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en los términos y para los fines de los poderes a ellos conferidos, vistos a folios 27, 43 y 47 del cuaderno de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELLILLA