

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS - Son entidades públicas según la sentencia C 736 de 2007. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

La Sala reitera el criterio adoptado conforme el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer de procesos en los que intervenga una empresa de servicios públicos mixta, entidad cuya naturaleza jurídica, según definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, es pública. Al amparo de la mencionada jurisprudencia constitucional, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la parte actora, como quiera que de conformidad con el artículo 50 de la ley 472 y con la ley 1107 de 2006 (que modificó el artículo 82 del CCA) la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo provenientes de la actividad de las entidades públicas.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 50 / LEY 1107 DE 2006

NOTA DE RELATORIA: Sobre las empresas de servicios públicos mixtas: Corte Constitucional C-736 de 2007; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 33645, Auto de 12 de diciembre de 2007, MP Mauricio Fajardo Gómez.

ACCION DE GRUPO – Caducidad. El término para presentarla es de dos años desde la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Caducidad de daños causados antes de la ley 472 se cuentan desde su entrada en vigencia

El término para presentar la acción de grupo, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, es de dos años, los cuales se deben empezar a contar desde “la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”. Para determinar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar la acción de grupo es necesario precisar la causa del daño que se aduce, indagación que implica, a su vez, establecer cuáles son los hechos que se señalan como integradores de esa causa, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual el grupo tuvo o debió tener conocimiento de ese daño, además, verificar si esa causa es o no común al grupo, esto porque el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, dispone respecto de las acciones de grupo, que deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Ahora bien, ha precisado la Sala que tratándose de daños causados a un grupo, antes de entrar en vigencia la Ley 472 de 1998, el término para intentar la acción de grupo empezó a correr desde el 6 de agosto de 1999, siempre que para ese momento no se hubiera vencido el término para presentar la demanda indemnizatoria a través de las acciones ordinarias correspondientes. En consecuencia, el término para reclamar la indemnización por los daños causados antes de que entrara en vigencia la Ley 472 de 1998, en relación con los cuales no hubiere operado la caducidad, feneció el 6 de agosto de 2001. En tal virtud, si para cuando se presentó la demanda en ejercicio de la acción de grupo, la acción de reparación directa en relación con daños causados con anterioridad a la vigencia de la Ley 472, ya se había visto afectada por la caducidad, la aplicación de la nueva norma no tiene la virtualidad de revivir términos ya vencidos y afectados por tal fenómeno. Dado que en el caso concreto se aduce que tanto la acción vulnerante, como el daño se han repetido de manera continúa y aún no han cesado, fuerza es concluir que la demanda interpuesta el 29 de septiembre de 2000, con el fin de reclamar la indemnización de los

perjuicios causados a los usuarios de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por el cobro ilegal de tarifas y la suspensión injustificada del servicio, entre otras fallas, lo ha sido en término. Con la precisión de que como para el 6 de agosto de 1999 (cuando empezó a regir la Ley 472) había vencido el término para demandar la reparación directa de los daños causados a los usuarios del servicio antes del 6 de agosto de 1997, la demanda interpuesta sólo puede comprender la reclamación de los daños causados a partir de esta última fecha. En relación con los cobros correspondientes a épocas anteriores a esa fecha, ha operado la caducidad.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 47

NOTA DE RELATORIA: Sobre la caducidad de la acción de grupo: Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 26 de marzo de 2007, Rad. AG-2005-02206.

ACCION DE GRUPO – Conformación del grupo. Grupo demandante. Grupo afectado. No es necesario que todas las personas que integran el grupo afectado concurren al momento de presentación de la demanda

La Sala ha señalado que no es necesario que todas las personas que integran el grupo afectado concurren al momento de presentación de la demanda, ni que quienes presentan la demanda sean por lo menos 20 personas, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 48 de la Ley 472 de 1998, “en la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”, pero para dar satisfacción al requisito de la titularidad, quien actúa como demandante debe hacerlo en nombre de un grupo no inferior a 20 personas, al cual pertenece y debe señalar los criterios que permitan la identificación de los integrantes del grupo afectado. Ha precisado la Sala que la Ley 472 de 1998 que regula la estructura del proceso permite identificar la existencia de dos grupos en estas acciones: (i) el grupo demandante, que es aquél integrado por quienes ejercitan el derecho a accionar que se ve acrecentado con la llegada de quienes concurren al proceso antes de la apertura a pruebas y que formulan la demanda a nombre de todo el grupo afectado, con la advertencia de que la demanda puede ser presentada por una sola persona o por un grupo de personas, mientras que cumplan con la condición de pertenecer al grupo afectado y (ii) el grupo afectado, integrado por un número no inferior a veinte personas que hubieren sufrido un perjuicio individual procedente de una misma causa, grupo cuyos integrantes deben ser identificados por sus nombres en la demanda, o en todo caso, en la misma oportunidad deben ser expresados los criterios para identificarlos con el propósito de definir el grupo, en los términos del artículo 52 numerales 2 y 4 de la Ley 472 de 1998. En el sub examine, se cumplió con tal requisito, como quiera que para establecer la causa común del daño en la demanda se hizo alusión a una serie de irregularidades que afectaron a los usuarios, en las cuales incurrió la Empresa de Teléfonos de Bogotá al prestar el servicio, relacionadas con el cobro de “honorarios” por mora en el pago; los cobros por “reinstalación”, por “cargo por retiro falta de pago” y por “reconexión”; la suspensión injustificada y prestación deficiente del servicio telefónico en los últimos cinco años, y el cobro de consumos no realizados. Y en virtud de prueba decretada de oficio en esa instancia, se obtuvo la constatación de que los afectados con las actuaciones de la demandada, las cuales se acusan como irregulares, superan el número de veinte (20) exigidos para la procedencia de la acción.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 48 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 52

NOTA DE RELATORIA: Sobre la conformación del grupo, en acción de grupo Consejo de Estado, sentencia de 6 de octubre de 2005, Rad. AG-2001-00948.

CONTRATO DE SERVICIOS PUBLICOS – Regulación. Características. Carácter singular o mixto. El régimen legal aplicable al contrato de servicios públicos tiene una alto componente de derecho público / LEY DE SERVICIOS PUBLICOS – Ley de intervención económica

El contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes, constituye -dentro de la normativa que regula el tema- un capítulo aparte en materia de derecho aplicable. En efecto, a diferencia del régimen general aplicable a los contratos de los prestadores que se limita a hacer un reenvío a las normas de derecho privado (arts. 31 y 32 de la Ley 142), el contrato de servicios públicos, por el contrario, está minuciosamente regulado por el Título VIII de la Ley 142, según lo previsto por el artículo 365 Constitucional, conforme al cual los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. (...) Nótese como el régimen legal aplicable al contrato de servicios públicos tiene una alto componente de derecho público, como que una ley de intervención económica como es la 142 de 1994 (art. 150-21 C.N.) regula en detalle múltiples aspectos, sin perjuicio de lo previsto por las partes y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, según lo dispone expresamente el artículo 132 de la citada Ley 142. De modo que el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, contenido en el citado Título VIII de la Ley 142 (arts. 128 a 159), se aplica de manera preferente y sólo en subsidio habrá de recurrirse a otra tipo de normativas. Con esta perspectiva, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación jurídica entre el usuario y la empresa de servicios públicos domiciliarios es en parte “legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley” A su vez, el Consejo de Estado también ha puesto de relieve el carácter singular o mixto del contrato de servicios públicos domiciliarios. Ahora, según el artículo 128 eiusdem el contrato de servicios públicos es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Ese carácter consensual, esto es que se perfecciona con el solo consentimiento (art. 1500 C.C.), es ratificado por lo previsto por el artículo 129 de la citada ley 142 cuando dispone en su inciso primero que existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa. El carácter consensual no es incompatible con el carácter uniforme propio de estos tipos de contratos de adhesión, en tanto la voluntad del usuario se pliega a la previamente definida en el contrato de condiciones uniformes. Condiciones que no quedan a la libre definición por parte del operador, pues como bien señaló la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la providencia de constitucionalidad que estudió los citados artículos 128 y 129 de la Ley 142, el Estado (legislador y regulador económico) suple en buena parte la voluntad de las partes (empresa-usuario) en orden a restablecer el equilibrio contractual que podría verse amenazado por la posición dominante del prestador.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 128 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 129 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 31 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 32 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 132

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contrato de servicios públicos: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 1997, Rad. 12684; auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701. Corte Constitucional, sentencias T-540 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-493 de 1997, MP. Fabio Morón Díaz, C-558 de 2001, MP. Jaime Araújo Rentarías, C-1162 de 2000, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

CONTRATO DE SERVICIOS PUBLICOS – Intervención estatal se da por vía legislativa y por vía regulatoria. Actos dictados en virtud de este contrato son administrativos / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Derechos y prerrogativas propias de la autoridad pública. Potestad de autotutela al permitirles la ley definir mediante actos administrativos controversias sobre los contratos de condiciones uniformes / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Ejerce un control de legalidad sobre las controversias en torno al contrato de condiciones uniformes / RELACION USUARIO EMPRESA EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - no es sólo contractual sino a la vez estatutaria o reglamentaria.

La intervención estatal en el contrato de servicios públicos de la que habla la Corte Constitucional no sólo se hace por vía de la legislación, sino que también se da por vía regulatoria. Al revisar la constitucionalidad de varios de los preceptos de la ley 142 de 1994, la Corte Constitucional no dudó en encontrar en este marco legal una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública, esto es propias del poder público, que se reconocen a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, como la potestad de ejercer la *autotutela* al permitírsele definir -como lo hacen las autoridades administrativas- unilateralmente, mediante actos administrativos, controversias sobre el contrato de condiciones uniformes. Frente a los cuales, advirtió el juez constitucional, la Superintendencia ejerce un control de legalidad. (...) A su vez, la Sala Plena del Consejo de Estado en criterio similar al expuesto por la justicia constitucional subrayó el carácter reglado del contrato de condiciones uniformes en los siguientes términos: “Se insiste en la idea precedente porque si bien el régimen de los servicios públicos domiciliarios es formalmente de derecho privado, su aplicación no es exclusiva ni libre, dada la fuerte injerencia que sobre las personas que los prestan, sean públicas o particulares, ejerce el Estado, ya que la constitución le impone a éste de manera expresa (debido a la finalidad social que le es inherente) las funciones de regulación, control y vigilancia de tales servicios. Se observa así la relatividad de ese régimen privado, especialmente en lo que toca con los contratos de servicios públicos domiciliarios (relación empresa - usuario) en los cuales es de su esencia que éste pueda presentar a aquélla peticiones, quejas y recursos relativos a los mismos (art 152); y con los actos administrativos que las empresas puedan dictar con apoyo en dichos contratos. Frente a los contratos, no sólo porque la relación usuario - empresa es de derecho público, sino porque en éstos no rigen en todo su integridad los principios de la autonomía de la voluntad, la libre discusión de sus derechos y obligaciones y la igualdad de las partes, tan caros en la contratación típicamente privada. Y frente a los segundos, porque los actos que expiden las empresas con apoyo en los citados contratos, serán administrativos; y por ende, estarán amparados con la presunción de legalidad y dotados del privilegio de la ejecución de oficio, como sucede con los que reconocen a las empresas oficiales deudas derivadas de la prestación de dichos servicios, las cuales podrán hacerlas

efectivas a través de la jurisdicción coactiva (art 130)._Actos administrativos que son susceptibles de los recursos de reposición ante la misma empresa y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art 154).

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contrato de condiciones uniformes: Consejo de Estado, Sala Plena, Auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701, MP. Carlos Betancur Jaramillo; Corte Constitucional, sentencias C-263 de 1996 y C-558 de 2001.

PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACION – Concepto. Privilegio de lo previo / PRIVILEGIO DE LO PREVIO EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Aunque los servicios públicos no son una faceta de la función administrativa excepcionalmente los operadores asumen prerrogativas del poder público

El principio de la autotutela de la Administración, esto es, aquella capacidad “*como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas*” dota a la administración de la facultad de tomar decisiones ejecutorias. Se trata de un privilegio que le permite decidir los asuntos de su competencia, sin intervención judicial previa, mediante actos administrativos, que gozan de presunción de legalidad y ejecutividad. A esta figura la doctrina francesa la denomina *privilège du préalable*, en cuanto dispensa a la Administración de acudir al juez para obtener una decisión ejecutoria, el cual sólo podrá ejercer control del acto cuando la Administración ha adoptado la determinación ejecutoria. El privilegio de lo previo, como también se le nomina, está íntimamente relacionado con la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa (artículo 135 del CCA), la cual entraña que sólo cuando el interesado en la decisión la hubiere discutido, en su caso, ante la misma Administración, podrá acudir ante la jurisdicción a cuestionar la legalidad de ese acto, exigencia que, por demás, tiene entre sus finalidades la de favorecer al mismo afectado. Así, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho cuando previamente no se ha reclamado ante la administración. Ahora, si bien es cierto, que la prestación de los servicios públicos domiciliarios no constituye una faceta de la función administrativa, no lo es menos que, excepcionalmente, por autorización de la ley, los operadores asumen prerrogativas propias del poder público. Dentro de esos eventos singulares en que el legislador le atribuyó a los prestadores de servicios públicos privilegios propios de la autotutela de la Administración, se pueden citar -entre otros- los relacionados con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio. (...) Así las cosas, la Ley 142 dotó de una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública a las empresas de servicios públicos domiciliarios, dentro de las cuales ocupa especial relevancia la potestad de autotutela propia de las autoridades administrativas, al revestirlas de la facultad de decidir ciertas controversias que se susciten con ocasión de la prestación del servicio o la ejecución del contrato y de resolver, asimismo, los recursos que contra dichas decisiones interpongan lo usuarios. Síguese de todo lo anterior, que en ejercicio de ese privilegio de lo previo los operadores pueden adoptar decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato relacionados con: (i) actos de negativa del contrato, (ii) suspensión, (iii) terminación, (iv) corte y (v) facturación, frente a las cuales -a su turno- los artículos 154 y 159 de la Ley 142 regulan los recursos de reposición y apelación que, a su vez, puede interponer el suscriptor o usuario para que la empresa revise dichas determinaciones. Las empresas de servicios públicos domiciliarios cumplen, pues en estos eventos una función administrativa. Tanto cuando adoptan esas

decisiones como cuando conocen y deciden sobre los recursos presentados por los suscriptores o usuarios contra las mismas. O lo que es igual, los operadores quedan en estos casos revestidos de prerrogativas de autoridad pública, circunstancia exceptiva que, sin embargo, no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social. En la misma línea, la jurisprudencia constitucional también ha dejado en claro que la facultad de cobrar servicios no facturados por error u omisión es una de las manifestaciones de autotutela de que están dotadas las empresas prestadoras de servicios públicos. Autotutela que encuentra fundamento en la eficacia y la eficiencia del servicio, prerrogativas que -por supuesto- van acompañadas de unos medios de control a las mismas". Tan claro es ello que contra estas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato como los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa procede no sólo recurso de reposición frente a ésta, sino también de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 154 de la Ley 142). Entidad de rango constitucional que aunque no es superior jerárquico de los prestadores desde el punto de vista orgánico, sí lo es funcionalmente hablando, ya que cuenta con un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por la empresa en orden a verificar si éstas se ajustan o no a la legalidad, tal y como lo definió la jurisprudencia constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 154 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 159

NOTA DE RELATORIA: Sobre el agotamiento de la vía gubernativa: Sentencia de 9 de junio de 2005, exp. 15001-23-31-000-2000-00629-01(2270-04). Sobre esta faceta de la policía administrativa en servicios públicos: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 931 de 1999, MP. Luis Camilo Osorio; Sección Tercera, Sentencias AP 1470 de 2.005, MP. Ramiro Saavedra Becerra; AP 1944 de 2006 y AP 1843 de 2006, MP. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre el principio de la auto tutela de la administración en servicios públicos domiciliarios: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, Expediente S-701 de 1997; Sección Tercera, Sentencia AP 1470 de 2.005, MP. Ramiro Saavedra Becerra; Corte Constitucional, sentencia C-060 de 2005

DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS - Respecto del contrato de condiciones uniformes procede la acción de nulidad y restablecimiento y la acción de grupo / DECISIONES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Respecto del contrato de condiciones uniformes procede la acción de nulidad y restablecimiento y la acción de grupo / PROTECCION COLECTIVA A USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - La existencia de un control gubernativo sobre los actos administrativos no ejercer acciones de naturaleza colectiva. No excluye la posibilidad de control gubernativo y judicial individual

Las decisiones que adoptan tanto la empresa como la Superintendencia respecto del contrato de servicios públicos pueden ser discutibles en sede judicial mediante interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los respectivos actos administrativos que expida tanto la empresa como la Superintendencia con ocasión del contrato de condiciones uniformes. No obstante lo anterior, el hecho de que el legislador, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 150-23, 365, 367 y 369 superiores haya fijado dentro del régimen jurídico aplicable y al hacerlo haya establecido una serie de prerrogativas relacionadas

con la ejecución del contrato (entre ellas las de suspensión, terminación y facturación) lo mismo que una sede administrativa para debatirlas, no cierra la puerta a la posibilidad de ocurrir ante los jueces, bajo un medio de control distinto al del contencioso subjetivo de anulación (art. 85 del CCA). Dicho de otra manera, la existencia de un control gubernativo sobre los actos administrativos no impide acudir directamente al control judicial, mediante las acciones establecidas para los grupos o colectivos, acciones en las cuales precisamente por su naturaleza de colectivas no se exige la previa discusión individual de los derechos por cada uno de los miembros del grupo en sede de la empresa. Y ello es así porque la protección colectiva no excluye la posibilidad del control gubernativo y judicial individual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 – NUMERAL 23 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 367 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 369

NOTA DE RELATORIA: Sobre la acción de nulidad y restablecimiento frente a las decisiones de la Superintendencia de Servicios Públicos: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2001, rad. 1998-0311(6640), MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; de 26 de noviembre del año 2004, rad. 2002-0657, MP. Olga Inés Navarrete Barrero.

ACCION DE GRUPO - Mecanismo judicial idóneo para la defensa y protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios / DERECHO DEL CONSUMO - manifestación nítida del constitucionalismo social. Servicios públicos domiciliarios / ACCION DE GRUPO POR DEFICIENCIAS EN LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS – No es necesario agostar vía gubernativa. Procedente respecto de un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas persona

Las acciones de grupo son sin duda un mecanismo judicial idóneo para la defensa y protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, en tanto categoría especial de los consumidores. La Carta Política de 1991, en especial en sus artículos 333 y 365, brinda una particular protección a la libre competencia económica, pero la misma no se dirige únicamente a los agentes económicos al garantizarles el acceso al mercado, sino que simultáneamente se propone la protección del conjunto de la colectividad quien es concebida en este modelo como la principal beneficiaria del sistema económico perfilado constitucionalmente, en especial en cuanto se refiere a la calidad y precio de los bienes y servicios que se transan. Dada la condición de inferioridad, indefensión o subordinación manifiesta de la comunidad, la intervención estatal se vuelca con especial énfasis a los usuarios y perfila así una de sus más importantes facetas: el derecho del consumo, como manifestación nítida del constitucionalismo social. Tutela de los usuarios, en tanto dimensión de la libertad económica que parte del reconocimiento de la “*asimetría real*” de sus relaciones con las empresas proveedoras de los bienes y servicios, debilidad manifiesta que encuentra en el artículo 369 Superior una sólida base y fundamento constitucional para su singular protección y defensa en el sector de los servicios públicos domiciliarios. De la previsión de los derechos colectivos de los consumidores o usuarios a la vez de manera general en el artículo 78 C.P. y en forma particular para el sector de los servicios públicos domiciliarios en el artículo 369 *eiusdem*, se sigue que su infracción en ocasiones comporta la declaratoria de responsabilidad por su desconocimiento y, por ende, su consecuencial reparación. En este contexto emergen las acciones de grupo como instrumento judicial idóneo para la

protección de los derechos del consumidor en general y del usuario de los servicios públicos domiciliarios en particular, en puntos tan sensibles para éste último como el acceso (vgr. actos de negativa del contrato), la eficiencia, la oportunidad, la continuidad en la prestación (vgr. suspensión, terminación y corte) y -por supuesto- el precio (vgr. tarifa, facturación y cobros). De cuanto antecede se impone concluir que no le asiste razón a la demandada cuando afirma que al prever la Ley 142 de 1994 los recursos de “*vía gubernativa*” en sede de la empresa, como instrumento para que ésta pueda corregir los errores en que incurra, el usuario no puede acudir a la acción de grupo, si previamente no se ha agotado esta “instancia” administrativa. Premisa errónea que, de admitirse, no sólo negaría la entidad constitucional de estas acciones judiciales (art. 88 C.P.) sino que –además– debilitaría de manera grave la acción protectora del Estado en favor de los usuarios, desconociendo de paso su carácter de director general de la economía, que pregonaba sin ambages el artículo 334 constitucional. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 88 superior, el legislador quedó facultado para regular las acciones originadas en daños ocasionados a un grupo (defensa colectiva), “sin perjuicio” de las correspondientes acciones particulares (defensa individual. (...)) En síntesis, la acción de grupo fue concebida con el fin de dar satisfacción a unos objetivos muy claros, como el de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones que nacen en forma común, lo que permite la reparación de pequeñas sumas, cuya reclamación individual en sede judicial sería por ese aspecto inviable, como es justamente el caso *sub examine*. De cuanto antecede se concluye que no le asiste razón al demandado cuando sostiene que si no se ha agotado previamente la “sede administrativa” de protección individual del usuario, este no puede acudir a la acción de grupo como instrumento judicial para la defensa colectiva de los derechos de los consumidores de servicios públicos. Así es perfectamente procedente interponer la acción de grupo (así no se haya agotado la sede de defensa individual en la empresa) cuando se presenten deficiencias en la prestación de los mismos, respecto de un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, en asuntos que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa, con el objeto exclusivo de obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios (arts. 3 y 46 de la Ley 472).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 78 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 88 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 333 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 369 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 3 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 46

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la acción de grupo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG 948 de 2005, MP Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la tutela de los usuarios de servicios públicos: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias AP 254 de 2005, MP. Maria Elena Giraldo Gómez, AP 005 de 2008 y AP 888 de 2008, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

ACCION DE GRUPO – Debe respetarse el principio de congruencia. Al juzgador no le está permitido fallar por hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda

El juez de la acción de grupo, eminentemente indemnizatoria, también debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento). En cuanto hace específicamente a la *causa petendi* estima la Sala que el fallador en sede de acciones de grupo, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues no le está permitido fallar por hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, puesto que ello nada menos que significa modificar *motu proprio* la conducta inicialmente acusada como trasgresora en franca violación del derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en tratándose de acciones de grupo están expresamente protegidos por el artículo 5º de la Ley 472. De modo que, en punto de la *causa petendi*, el juez de la acción de grupo también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos, impuesta por la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.). No debe perderse de vista que el numeral 7º del artículo 52 de la Ley 472 dentro de los requisitos de la demanda de acción de grupo exige la indicación de los hechos. En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar estos nuevos cargos formulados por el accionante en cuanto se apoyan en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados. Es decir no se analizarán las peticiones derivadas de las siguientes acusaciones: (i) Que los cobros por reinstalación y reconexión desconocen lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución, referente a la participación de los usuarios en el estudio de las decisiones que les conciernen y (ii) Que los intereses que puede cobrar ETB son los civiles y no los comerciales moratorios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 305 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 5 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 52

SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO – Corte, suspensión o terminación del contrato por no pago / SUSPENSION DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO – Empresa tiene competencia para definir en el contrato de servicios públicos las condiciones para la suspensión en caso de no pago / RECONEXION O REINSTALACION DEL SERVICIO PUBLICO - Gastos están a cargo del usuario moroso. No es gratuita por cuanto genera unos costos a la entidad

Es preciso destacar que en desarrollo de lo dispuesto por la ley, la regulación y el propio contrato de condiciones uniformes los prestadores de servicios públicos domiciliarios tienen derecho a una contraprestación o precio -que suele denominarse “tarifa”- por el servicio prestado. Ahora, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 el incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios. A su vez, el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 que modificó la disposición en cita, señala que es causal de suspensión del servicio la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual. De manera que, por expresa autorización legal, las prestadoras de servicios públicos tienen la competencia para definir en el contrato de servicios públicos las condiciones para suspender el servicio en caso de no pago, dentro de los límites fijados por la ley. Por lo que a efectos de mantener la prestación del servicio los

usuarios deben pagar las obligaciones causadas dentro de los términos así establecidos. De otro lado, según los términos del artículo 141 de la Ley 142 la empresa puede dar por resuelto o terminado el contrato, y proceder al corte del servicio de acuerdo con las causales previstas en el contrato de condiciones uniformes. Esta norma establece asimismo que se presume que el atraso en el pago de tres (3) facturas y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos (2) años, es materia que afecta gravemente a la empresa y que le permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio. Tratándose de suspensión o de terminación en el supuesto en que las mismas fueren imputables al suscriptor o usuario, esto es en el caso de incumplimiento del pago, se deberá pagar además los gastos de reconexión o de reinstalación (según el caso) en los que la empresa incurra. En efecto, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 142 para que la empresa restablezca el servicio cuando la causa es imputable al suscriptor o usuario, éste debe eliminar la causa que ocasionó la suspensión o el corte, pagar todos los gastos de reconexión o reinstalación en los que la empresa incurra y satisfacer las demás sanciones, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato. Igualmente en los términos del artículo 96 eiusdem, quienes presten servicios públicos domiciliarios podrán cobrar un cargo por concepto de reconexión y reinstalación, para la recuperación de los costos en que incurran. En tratándose del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) el artículo 7.2.5 de la Resolución CRT 087 de 1997, vigente a la época de los hechos, dispuso que antes de la suspensión del servicio el suscriptor o usuario debe ser advertido, indicándole las posibles sanciones a que haya lugar de acuerdo con lo establecido en el contrato. En el sub lite, la cláusula 15ª del contrato de condiciones uniformes de la ETB, al señalar los eventos en los cuales hay lugar a la suspensión del servicio, prevé el no pago de dos períodos consecutivos de facturación. A su turno, la cláusula 16ª establece que el contrato será resuelto por decisión unilateral de la ETB, entre otros, por no pago oportuno de cuatro (4) facturas consecutivas, por reincidencia por parte del suscriptor o usuario en una causal de suspensión dentro de un período de dos (2) años y por suspensión del servicio por un período superior a cuatro (4) meses, salvo que la suspensión haya sido convenida por las partes, o que ésta obedezca a causas provocadas por la ETB. (...) Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que no le asiste razón al actor, con arreglo al marco jurídico expuesto, cuando afirma que “la denominada reconexión debe ser efectuada ‘gratuitamente’ por ser esencial a la prestación del servicio” y no debe serlo por cuanto esa actividad genera unos costos a la entidad, los cuales a su vez tienen como causa la mora del usuario en el pago del servicio. En consecuencia y teniendo en cuenta que conforme al marco jurídico expuesto no le asiste razón al actor cuando afirma que los gastos de reconexión deben ser gratuitos, la Sala encuentra que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda en este punto.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 140 / LEY 142 – ARTICULO 141 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 142 DE 1994 / LEY 689 DE 2001 – ARTICULO 19 / RESOLUCION CRT 087 DE 1997 – ARTICULO 7

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Jurisdicción coactiva / REGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - No prevé expresamente un marco jurídico relativo al cobro de honorarios por recuperación de cartera / COBRO DE HONORARIOS DE ABOGADO EN PROCESOS DE RECONEXIÓN DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - La suspensión del servicio configura apremio suficiente para que el usuario pague lo adeudado / TERMINACION DE CONTRATO DE SERVICIOS PUBLICOS – Cobro prejurídico si existen deudas / COBRO PREJURIDICO O JURIDICO EN

SERVICIOS PUBLICOS - Sólo es posible recurrir a ellos en el evento de corte o terminación del contrato nunca en el supuesto de suspensión /

La jurisdicción coactiva está prevista por el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios para las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Comoquiera que la ETB no ostenta esta naturaleza jurídica no resultan admisibles, desde este punto de vista, las apreciaciones del accionante en su escrito de demanda en el sentido que “la ETB únicamente puede cobrar a los usuarios morosos en el procedimiento administrativo coactivo que le asiste en virtud a la jurisdicción coactiva que la ley le ha otorgado, son los referidos (sic) exclusivamente al costo del servicio”. Ahora, el régimen de los servicios públicos domiciliarios a nivel legal, reglamentario y regulatorio no prevé expresamente un marco jurídico relativo al cobro de honorarios por recuperación de cartera, por lo que en principio habrá de estarse a las estipulaciones del contrato y en su defecto a las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil. (...) En tratándose de suspensión del servicio por parte de la empresa que implica posteriormente la eventual reconexión del mismo, en principio, no encuentra la Sala que haya lugar a cobro de honorarios de abogado por concepto del adelantamiento de un cobro prejurídico justamente porque la suspensión del servicio configura apremio suficiente para que el usuario pague lo adeudado y así haya lugar a la reconexión del mismo (arts. 96 y 142 de la Ley 142 y 7.2.5 de la Resolución CRT 087 de 1997), sin que se justifique cobro alguno por concepto de abogados. En contraste, en casos de terminación del contrato una vez cortado el servicio debe comenzarse a adelantar el cobro prejurídico con el personal de planta si fuere suficiente, pero de no ser ello posible también puede -en ejercicio de la autonomía de la voluntad- celebrar contratos de gestión del cobro de las mismas, actos que están regidos por las normas del mandato y que generan unos costos que al no haber sido incluidos en los gastos administrativos del prestador, no están incorporados en la tarifa y por tanto deberán correr a costa del usuario moroso. (...) Por otra parte, no puede aducirse a favor de este cobro de honorarios de abogados en el evento de suspensión, el hecho de que una cláusula contractual podría dar a entender que ello es factible. En efecto, la cláusula 17ª del contrato de condiciones uniformes se estipula en punto de restablecimiento del servicio lo siguiente: “Si la suspensión o corte fueron imputables al suscriptor o usuario, para el restablecimiento, éstos deberá eliminar su causa y pagar: (...) 3. Todos los gastos que demande el cobro prejudicial o judicial, en el evento de que se haya recurrido a cualquiera de estas vías”. La cláusula transcrita no permite una lectura como la alegada y que autorice el cobro de los gastos que demande el cobro prejudicial o judicial tanto para el evento de reconexión (suspensión) como para el de reinstalación (corte). Por el contrario, conforme al marco jurídico arriba expuesto, sólo es posible recurrir al cobro prejudicial o judicial en el evento de corte o terminación del contrato (reinstalación) y nunca en el supuesto de suspensión del mismo (reconexión). La cláusula tal y como está redacta no tiene, pues mayor dificultad en la interpretación de su genuino alcance.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 96 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO - 142 / RESOLUCION CRT 087 DE 1997 – ARTICULO 7

CONTRATOS EN SERVICIOS PUBLICOS – Interpretación. Interpretación contra el estipulante / CLAUSULAS AMBIGUAS - Se interpretarán contra la parte que la estipuló / CONTRATOS DE ADHESION - Cláusulas ambiguas se interpretarán contra la parte que la estipuló / CONTRATOS PREDISPUUESTOS EN RELACIONES DE CONSUMO - Deben interpretarse a favor de la parte

débil de la relación jurídica / CONTRATO DE SERVICIOS PUBLICOS – Contrato predispuesto

No debe perderse de vista que ante eventuales ambigüedades de las cláusulas del contrato, el ordenamiento jurídico ofrece unas salidas hermenéuticas. En primer lugar el artículo 30 de la Ley 142 dispone que las normas sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar (arts. 1 a 13 *eiusdem*, que prevén –entre otros- algunos de los derechos de los usuarios y la función social de la propiedad de los prestadores que impone la obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y sin abuso de posición dominante), en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios. De otro lado, conforme al artículo 1624 del Código Civil, aplicable al contrato de servicios públicos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 de la Ley 142 de 1994, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. Interpretación contra el estipulante que viene de la máxima romana: “*Verba dubia... interpretentur contra proferentem in favorem alterius partis [indubio contra proferentum]*” (el juzgador debe interpretar la duda contra el estipulante), la cual como advierte la doctrina extranjera refiriéndose justamente al contrato de servicio básico telefónico y que se extiende para interpretar los contratos de adhesión en general: “*tiende a la justicia integral del contrato*”. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que tratándose de interpretación de contratos de adhesión, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella a partir de la aplicación del criterio de equidad “*principio éste que sirve de pilar a las reglas contenidas en los artículos 1618 y 1624 del Código Civil*”. Por otra parte, es hoy verdad averiguada que los contratos predispuestos en relaciones de consumo (y el de servicios públicos domiciliarios lo es conforme lo dispone el artículo 129 de la Ley 142 de 1994) deben interpretarse a favor de la parte débil de la relación jurídica, en este caso el suscriptor o usuario, fórmula *favor débiles* como lo denomina un sector de la doctrina argentina.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 30 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 132 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1624

NOTA DE RELATORIA : Sobre los contratos de adhesión: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de mayo de 1974. .

COBRO ILEGAL DE HONORARIOS DE ABOGADO EN PROCESOS DE RECONEXION DEL SERVICIO DE TELEFONIA FIJA - Procedencia la acción de grupo

Ahora, en el caso sub lite la E.T.B. afirmó que no hace cobros de honorarios en procesos de reconexión, al responder a la prueba de oficio decretada en esta instancia mediante auto de 19 de agosto de 2009. Según el accionado sólo en caso de reinstalación se cobra honorarios de cobro prejurídico a sus usuarios, lo cual ocurre “*pues [en este evento] ya se ha realizado una gestión de cobranza por parte del contratista*” y no en los procesos de reconexión “*en la medida que durante esta etapa se realiza una cobranza administrativa que es realizada directamente por la ETB*”. A pesar de que ETB afirma tajantemente que no ha cobrado honorarios profesionales de abogado a sus abonados dentro del proceso de reconexión del servicio, en el expediente quedó acreditado que en el año 2000

a los usuarios que fueron objeto de reconexión también les fue cobrado el concepto de honorarios de abogado por cobro prejurídico. (...) De manera que está acreditado en el plenario que en el año 2000 el proceso de reconexión no sólo iba acompañado del cobro de \$30.000,00 a favor del “gestor de cobranza” (en los casos reseñados VOLPI), sino que no se tenía por pagado lo adeudado por el abonado si no acreditaba el pago de los honorarios del cobro prejurídico, como se desprende de la leyenda que en letras rojas y mayúsculas aparece en todos los recibos de consignación referidos: “este pago no se puede recibir sin que se realice el pago de los gastos de cobranza”. En definitiva, a pesar de que en los gastos de reconexión no se incluía suma alguna por concepto de honorarios cobro prejurídico, a los usuarios sí se les cobraba por ese concepto, conforme lo revelan los documentos analizados, sin que se haya justificado o demostrado que la entidad incurriera en tales gastos para lograr la reconexión, es decir el cobro no tiene una causa real. Es importante no perder de vista que el de servicios públicos es un contrato –como ya se expuso- de adhesión cuyas estipulaciones, incluso las no escritas, aplica la empresa “de manera uniforme” en la prestación del servicio. Contrato que bien puede tipificarse en los que hoy se denominan “contratos estándar” propios de una economía de masa que busca la fácil circulación de bienes y servicios. Por ello según la doctrina en este tipo de contratos una de las partes impone ‘la ley del contrato’ a la otra. De ahí que como en relaciones de consumo, y las que median entre los prestadores de servicios públicos y el usuario final evidentemente lo son, las reglas se aplican uniformemente, es evidente que la situación antes descrita y que está debidamente acreditada, también se predica de todos aquellos usuarios que sin haber comparecido a este proceso, se encuentran en la misma situación de los accionantes, vale decir, a los que se les adelantaron procesos de reconexión. (...) El requisito de procedibilidad de la existencia de la causa común en las acciones de grupo se cumple cuando el hecho o los hechos atribuibles al demandado, concomitantes o sucesivos en el tiempo y en el espacio, constituyan el origen de los perjuicios que se demandan, todo lo cual tiene lugar en el *sub lite* justamente porque los cobros irregulares por concepto de honorarios de abogados en procesos de reconexión derivan de la decisión de la prestadora accionada de realizar este cobro ilegal, sólo que en este evento únicamente se acreditó que estos tuvieron lugar en un año, o lo que es igual, no se demostró que antes o después ello haya tenido lugar. Acreditado como queda el daño antijurídico, la causa común y su imputación a la entidad accionada la Sala accederá a esta pretensión, pero únicamente en relación con los cobros realizados en el año 2000, toda vez que solamente quedó establecido en este proceso que en dicho año tuvo lugar ese cobro y correspondía al actor demostrar que en las otras anualidades esta circunstancia anómala también se presentó, hipótesis que no aparece acreditada en el plenario.

MEDICION POR IMPULSOS - Era factible desde el punto de vista regulatorio a la época de los hechos / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TPBCL PARA OPERADORES CON PARTICIPACIÓN DOMINANTE - Libertad regulada. Debe ofrecer un plan tarifario básico.

Respecto de la imputación consistente en que las tarifas son señaladas por la empresa de manera caprichosa, sin un análisis objetivo y razonable de sus costos reales, a través del sistema de cobro conocido como “*tarifas por pulsaciones (sic)*”, que dependen del consumo, y no con el método denominado “*tarifa plana*”, la Sala no accederá a esta pretensión por dos razones: i) A la época de los hechos era factible desde el punto de vista regulatorio el sistema de medición por “impulsos” al que al parecer alude el demandante y ii) En cuanto a la prestación del servicio de TPBCL la ETB -por disposición de la CRT y en atención a la participación

dominante de este operador en su mercado relevante- debe ofrecer un plan tarifario básico que se somete al régimen de libertad regulada, lo cual impide la fijación “arbitraria” de las tarifas que endilga el demandante (arts. 73.20 y 88.2 de la Ley 142 y Resolución CRT 253 art. 1º que modificó el título V de la Resolución CRT 087 de 1997).

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 73 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 88 / RESOLUCION CRT 253 – ARTICULO 1

COBRO DE HONORARIOS DE ABOGADO POR RECONEXION DE SERVICIO DE TELEFONIA - Todo usuario al que se le haya cobrado en el año 2000 por este concepto tiene derecho a que se le reembolse dicha suma. Daño antijurídico que no se tiene qué soportar / DETERMINACION DE LA SUMA PONDERADA DE LA INDEMNIZACION EN ACCION DE GRUPO - no puede poner en peligro la continuidad del servicio de telefonía básica conmutada / ACCION DE GRUPO – Condena / CONDENACION EN ACCION DE GRUPO – Indemnización individual. Ponderación

Todo usuario al que se le haya cobrado en el año 2000 por concepto de honorarios de abogado al reconectársele el servicio luego de una suspensión del mismo, tiene derecho a que se le reembolse dicha suma, en tanto ello supuso un daño antijurídico que no tenía por qué soportar. Ahora, habida cuenta de que en las acciones de grupo no está prevista la posibilidad de una condena en abstracto, lo cual sin embargo no puede impedir la realización del derecho material cuya vulneración quedó evidenciada en el proceso, la Sala establecerá solamente el valor de las indemnizaciones individuales sin determinar el monto exacto de la indemnización colectiva. Con el fin de determinar la suma ponderada, este valor debería ser multiplicado por el número total de usuarios que se presenten ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes a la publicación de esta sentencia, en tanto en el año 2000 se les haya adelantado proceso de reconexión y se les haya realizado el cobro jurídico por tal concepto. Sin embargo, en el plenario no pudo establecerse el número total de abonados que se vieron afectados con el cobro por concepto de honorarios de abogado por la reconexión del servicio de telefonía. En consecuencia el valor total de la indemnización colectiva no es posible ser determinado. Por lo mismo no es posible señalar la suma exacta que debe ser depositada por la Empresa de Teléfonos de Bogotá a favor del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Será éste quien, con fundamento en el número de reclamaciones idóneas que presenten dentro del plazo fijado en el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 472, sumará cada una de estas peticiones para establecer la suma que deberá consignar la entidad accionada en el término de 10 días siguientes al vencimiento del plazo antes referido. A la anterior falta de determinación de un factor objetivo para proceder a establecer en este fallo la suma ponderada total de las indemnizaciones individuales, conviene agregar que la Sala no podría hacer un estimativo hipotético a partir de proyecciones sobre los eventuales usuarios afectados con la medida. De hacerlo, se correría el riesgo de poner en peligro la misma continuidad del servicio público de telefonía básica conmutada, ya que podría establecerse un número tal de usuarios, que terminase siendo una cifra elevada que tendría que ponerse a disposición del Fondo, sin tener certeza de si a la postre se presentarían a reclamar todos los que hipotéticamente se pudiesen llegar a establecer. En otros términos, el juez de la acción de grupo no puede tomar una medida desproporcionada e irrazonable que, por proteger hipotéticamente a un número no determinado con certeza de usuarios, pudiera llegar a poner en riesgo -dado el número significativo de abonados con que cuenta

este operador- la continuidad del servicio. La ponderación impone, pues, en garantía misma de la prestación continua y eficiente de los derechos colectivos de todos los consumidores de este servicio, deferir al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos la determinación de la suma total que deberá consignar la entidad accionada.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 65 – NUMERAL 4

ACCION DE GRUPO - Costas

En relación con la condena en costas, el numeral 5 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda deberá disponer la liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia. Para su liquidación se tendrá en cuenta que la demanda prosperó parcialmente, por el perjuicio material y que los demandantes iniciales costearon el valor de las publicaciones. Estas se liquidarán por secretaría.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 65 – NUMERAL 5

HONORARIOS DE ABOGADO EN ACCION DE GRUPO – Diez por ciento de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente

Adicionalmente, se fija como honorarios, a favor del abogado que ha representado al grupo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 65 de la ley 472 de 1998 el 10% de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 65 NUMERAL 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00016-01(AG)

Actor: TOMAS DARÍO SALDARRIAGA CALLE Y OTROS

Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante en contra de la sentencia dictada por la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de noviembre de 2003, la cual será

revocada. Mediante la sentencia apelada se resolvió declarar no probadas las excepciones de falta de jurisdicción y de ineptitud sustantiva de la demanda y negar las súplicas del grupo demandante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 29 de septiembre de 2000, a través de apoderado judicial, los señores Tomás Darío Saldarriaga Calle, Yolima Palma Villegas, Elvia Lucelly Céspedes Espitia, Clara Inés Botero de Gutiérrez, María T. Alba de Hernández, Eliana María Fuentes C., Olga Céspedes de Fox, Mónica Liliana Sandoval Jiménez, Maritza Poetti Rugeth, Mirtha Fabiola Céspedes Espitia, Jacobo Luna Tovar, Fernando Cruz Barrios, Emilio José Guerrero C., Jhon Grover Roa Sarmiento, Humberto Ávila Guerra, Julio César Rodríguez Celis, Danilo Hernández Garavito, Miguel Trujillo Trujillo y Gloria Triana Avendaño, interpusieron acción de grupo en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ-E.T.B. S.A. E.S.P., con el fin de que se profieran a su favor y en el de las demás personas que sufrieron perjuicios por la misma causa, las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Condenar a la entidad demandada a cancelar al grupo demandante la indemnización colectiva compensatoria -cobros inconstitucionales, ilegales, injustos, incausados y exorbitantes- y moratoria -indexación e intereses moratorios- y los perjuicios morales, indemnización que debe ser total e íntegra, equivalente a la sumatoria ponderada de las indemnizaciones individuales causadas por el cobro inconstitucional, ilegal, injusto, incausado, y exorbitante -precio muy abusivo- por concepto de ‘honorarios profesionales’ del prejurídico de las obligaciones existentes a su favor y en contra de los usuarios del servicio público a ella encomendado por el Estado colombiano y por concepto de ‘cargos por retiro falta de pago’, ‘reconexión’ y cobros, tal y como los efectuados con fundamento en incrementos irreales de las marcaciones realizadas y los correspondientes a las suspensiones injustificadas del servicio, así como por su mala, inadecuada e ineficiente prestación, hechos estos que generan indemnización a cargo de la demandada y a favor de los usuarios, los cuales se constituyen en ‘fallas en la prestación del servicio’, cobros a través de los cuales los integrantes del grupo actor se han empobrecido injustamente con el correlativo enriquecimiento sin causa de la institución accionada y del respectivo contratista.

2. Señalar los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que no han estado presentes en esta acción, a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente.

“3. Condenar a la demandada al pago de costas, incluidas las agencias en derecho correspondientes, a la parte demandada. Para ello se tendrá en cuenta lo dispuesto en los numerales 5^o y 6^o del artículo 65 de la ley 472 de 1998” (Las subrayas son de la Sala).

2. Los hechos

Los hechos narrados en la demanda son en resumen los siguientes:

2.1. La empresa demandada, *“abusando de su posición dominante, ha afectado el equilibrio económico (sic) de los usuarios del servicio”*, con el cobro de honorarios profesionales a quienes incurran en mora en el pago del servicio de telefonía que presta la entidad. Invoca jurisprudencia de esta Corporación, la que estima aplicable al caso, en el sentido de que la administración no puede cobrarle al contribuyente (en este caso el usuario) los servicios de sus abogados.

Estima además que a la Administración le está vedado crear trámites *ad-hoc* y *“mucho menos celebrar contratos de prestación de servicios profesionales al amparo de una mal entendida recuperación de cartera morosa, que como en el presente asunto, genera compromisos contractuales en cabeza de la administración y no del usuario”*. Estos cobros se constituyen así en una fuente de enriquecimiento sin causa en perjuicio de los usuarios. Asimismo la entidad accionada cobra en idénticas circunstancias *“cargos por retiro falta de pago”* y *“reconexión”*, además, de otras multas e intereses, lo que equivale a una doble sanción por el mismo hecho. Así, para el mes de julio de 1999, la reconexión tenía un costo de \$2.388, que fue incrementado para el mes de noviembre de ese mismo año a \$13.175, y para el mes de julio de 2000 a \$63.628, lo que representa un incremento anual del 2.665%.

2.2. Las tarifas por el servicio público prestado son señaladas por la empresa de manera caprichosa, sin un análisis objetivo y razonable de sus costos reales, a través del sistema de cobro conocido como *“tarifas por pulsaciones (sic)”* y no con el método denominado *“tarifa plana”*.

2.3. El servicio en muchas ocasiones es suspendido por la empresa injustificadamente por su mala, inadecuada o ineficiente prestación, lo cual se constituye en *“falla en la prestación del servicio”*, que también se causan por el incremento irreal de las marcaciones realizadas, lo cual conlleva en ambos casos

un cobro de lo no debido. A pesar de haber sido suspendido el servicio injustamente *“según las facturas de cobro del consumo, este fue más elevado que en los anteriores periodos, con el consiguiente incremento en el costo del servicio”*, lo cual refleja que la empresa está haciendo cobros por ‘consumos no realizados’.

Finalmente expuso que a pesar de pagarse la obligación en mora, honorarios, multas y demás cobros, el servicio no es reconectado inmediatamente. Resaltó que en varios casos los honorarios *“superan el 100% de la obligación adeudada”*.

3. Oposición a la demanda

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.-E.T.B. se opuso a las pretensiones de la demanda, al estimar que el servicio de telefonía que presta la entidad está regido por el contrato para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada, que a su vez se encuentra reglamentado por la Ley 142 de 1994 y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. Que la cláusula decimasexta del contrato, en consonancia con el artículo 141 de la Ley 142, establece que al no pago oportuno de cuatro facturas consecutivas el servicio se retirará y el contrato se dará por resuelto, adicionalmente indica que la E.T.B. *“podrá iniciar las acciones para el cobro de la deuda, sin perjuicio del corte del servicio”*.

Precisó que cuando la empresa da por resuelto el contrato de prestación de servicios por el no pago de cuatro facturas consecutivas, permite la reinstalación del mismo a un costo igual para cualquiera de los estratos, esto es, por \$63.280, a diferencia de otras empresas que permiten la reinstalación del servicio, pero su costo se factura como si se tratara de una instalación nueva. Todo ello de conformidad con lo dispuesto por los artículos 140 y 142 de la Ley 142 de 1994. Indicó que los accionantes no agotaron la vía gubernativa previa al proceso, en cuanto el contrato de condiciones uniformes prevé que las controversias deberán ser resueltas, entre otras, por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

4. La audiencia de conciliación y alegaciones

El 30 de noviembre de 2000 se celebró la diligencia de conciliación, la cual fracasó por falta de acuerdo entre las partes. Por auto de 2 de octubre de 2003 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.1 El actor repitió lo señalado en el escrito de demanda. Y agregó que el escrito presentado por la E.T.B. no reúne los requisitos procesales de una contestación de demanda y por ello solicita que la no contestación se tenga como indicio grave en contra de la demandada.

Expuso que las actividades que realiza la E.T.B. para reconectar o reinstalar el servicio no requieren de nuevo personal sino que las realiza con el de planta, como lo reconocieron los testigos solicitados por E.T.B. dentro de la objeción a la prueba pericial, lo que significa que este costo se encuentra dentro de los denominados costos fijos que ETB está trasladando a los usuarios. Solicitó declarar no probada la objeción al dictamen pericial ya que por tratarse de una prueba técnica no puede desvirtuarse a través de simples pruebas testimoniales. Al concluir solicitó condenar a la ETB y añadió que el *quantum* de la indemnización colectiva debía determinarse mediante sentencia complementaria para lo cual debían decretarse las pruebas necesarias que así lo permitan.

4.2 A su turno, la entidad accionada señaló que la primera pretensión no cumple con los requisitos mínimos de una demanda, en cuanto a la forma como deben ser planteadas las pretensiones, con lo cual se incumple lo dispuesto por el artículo 75.5 del CPC aplicable por remisión del artículo 68 de la Ley 472 de 1998. Puso de presente que *“en el cuadro anexo denominado resumen de las personas que integran como accionantes la acción de grupo y del material probatorio aportado para acreditar el supuesto perjuicio causado del cual se solicita la indemnización de perjuicios, se demuestra que en realidad solo respecto de diez (10) de las veinte (20) personas que integran la parte actora se allegó material probatorio que acreditase el que hubiesen incurrido en el pago por el concepto de honorarios de prejurídico y que tan solo tres (3) acreditaron pagos por concepto de reconexión”*.

Adujo que en relación con los conceptos relacionados con los incrementos irreales en las marcaciones realizadas, suspensiones injustificadas del servicio y pagos por mala, inadecuada e ineficiente prestación *“en ningún acápite de la demanda se expresa cuando (sic) y porque (sic) cuánta fueron supuestamente efectuados*

dichos cobros". Respecto del cobro de honorarios profesionales de abogados, explica que el actor no expone cuál es la ilegalidad de los mismos.

Precisó que el restablecimiento del servicio puede ser de dos modos: se denomina reconexión cuando versa sobre la mera suspensión y se denomina reinstalación cuando versa sobre el corte del servicio y terminación consecuente del contrato. De conformidad con el artículo 142 para el restablecimiento del servicio, si la suspensión o corte fueron imputables al suscriptor o usuario, éste debe eliminar su causa, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato. Resaltó que la E.T.B. celebró un contrato de outsourcing para recuperar la cartera de los clientes morosos, recuperación que genera unos costos que son independientes de las cuantías objeto de recaudo.

Luego agregó otros motivos por los cuales no es posible emitir sentencia que acoja las pretensiones: i) Por falta de jurisdicción: ETB no es una entidad pública ya que se trata de una ESP mixta y la prestación de un servicio público domiciliario no es una función administrativa; ii) Irretroactividad de la Ley 472 de 1998: *"en el cuadro resumen adjunto se demuestra que los actores pretenden le sea reconocidos perjuicios por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 472 de 1998 del 5 de agosto de 1998, la que entró a regir un año después de su promulgación (art. 86, ib.). Por lo anterior y siguiendo el principio general de aplicación de las leyes, según el cual éstas rigen hacia el futuro, estos actos, normas y hechos no pueden ser objeto de acción de grupo. Lo contrario significaría aplicar retroactivamente la ley citada"*.

5. La providencia impugnada

5.1 Consideró el Tribunal que a pesar de que la entidad demandada formuló las excepciones en el escrito de alegaciones y no en la contestación de la demanda, había lugar a pronunciarse oficiosamente. Respecto de la excepción de falta de jurisdicción, indicó que a pesar de que las empresas de servicios públicos de carácter mixto no son catalogadas como entidades públicas y que por regla general la prestación de un servicio público domiciliario no es una función administrativa, lo cierto es que las E.S.P. al tenor de la vía gubernativa que asumen frente al usuario cumplen función administrativa en estos casos.

En cuanto a la excepción de inepta demanda, consideró que si bien la demanda fue presentada en el caso concreto sólo por 20 personas, de los hechos de la misma se puede concluir que el número de interesados era superior a éste. También se cumplió la exigencia de condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó perjuicios individuales, habida consideración de que ésta es la proveniente de los cobros calificados como *“injustificados”* y el hecho de que se señalaran varios cargos y que los demandantes no se encontraran incurso en todos ellos no invalidaba el requisito de uniformidad, porque los posibles afectados son determinables.

5.2. En cuanto al fondo de la controversia, el *a quo* indicó que el artículo 96 de la Ley 142 prevé como otros cobros tarifarios aquellos que pueden cobrar por concepto de reconexión y reinstalación. Esta norma está en concordancia con el artículo 142 *ibid.* que dispone que para restablecer el servicio si la suspensión o el corte fueron imputables al suscriptor o usuario, éste debe eliminar su causa, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que la empresa incurra, y satisfacer las demás sanciones previstas, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato. Mediante resolución 12.136 de 24 de agosto de 1999, la E.T.B. señaló las tarifas de los servicios, entre ellos el de reinstalación y reconexión de la telefonía básica en un valor de \$63.628 y \$13.175, respectivamente.

El hecho *“de que el dictamen pericial consignara costos menores de los precios fijados en dichos actos administrativos no supone que los realizados por la empresa sean arbitrarios, ya que en el experticio no se tiene en consideración las pautas fijadas en la resolución 087 de 1997 para tales efectos, dado el carácter del régimen tarifario, en este caso, que es de libertad vigilada”*. Además, no se requería conforme a la Ley 142 de 1994, la participación de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios en la definición de las tarifas, porque, se insistió, en este tema existía un régimen de libertad vigilada.

Respecto al cobro de honorarios de prejurídico, señaló que la cláusula décimo séptima del Contrato prevé que si la suspensión o corte fueron imputables al suscriptor o usuario, para el restablecimiento estos deben eliminar su causa y pagar, entre otros, los gastos que demanda el cobro prejudicial o judicial en el evento en que se haya recurrido a cualquiera de estas vías. De modo que los

gastos que se generen con ocasión de la recuperación de la cartera morosa hacen parte de los costos que pueden cobrar las empresas a los usuarios.

Apuntó que no existe elemento de prueba que permita determinar que efectivamente la E.T.B. haya suspendido injustificadamente el servicio telefónico a los accionantes y que, no obstante ello, haya efectuado los respectivos costos para la reconexión del servicio. Tampoco existe ningún elemento probatorio del cual aparezca que la empresa demandada efectúe cobros por marcaciones no realizadas, o que el servicio que presta a sus usuarios sea inadecuado.

6. Los fundamentos de la apelación

La parte accionante interpuso el recurso de apelación, en el que a más de reiterar lo expresado en los alegatos de primera instancia, adujo las siguientes razones:

6.1 El *a quo* no valoró en conjunto ni individualmente las pruebas aportadas con la demanda y el dictamen pericial, con las cuales se demostró que, efectivamente, la empresa está abusando de su posición dominante, porque realizaba cobros no autorizados por la ley, a pesar de que únicamente estaba autorizada para recuperar los gastos y costos de reinstalación y reconexión y *“no para enriquecerse sin justa causa a costillas de los usuarios”*. Tampoco se tuvo en cuenta el actuar negligente y, tal vez, malintencionado de la empresa al no suministrarle al perito la información requerida, debidamente procesada para su fácil lectura y análisis, lo cual llevó a que la pericia no fuera completa. Situación que debe ser apreciada como un indicio grave en su contra.

6.2 Respecto de los incrementos irrealistas de marcaciones realizadas, suspensiones injustificadas y mala, inadecuada e ineficiente prestación del servicio, señaló que, como lo advirtió el perito, *“por la falta de recursos y ayudas computacionales”* no se pudo profundizar el tema *“determinando los usuarios perjudicados por estos cobros”* pero que *“todo indica que en ETB si se presentan los anteriores fenómenos”*.

7. Intervenciones en esta instancia

Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones hicieron uso las partes.

7.1. La parte demandada solicitó que se confirme el fallo impugnado, al efecto reiteró lo expuesto a lo largo del proceso.

7.2. La parte actora insistió en que se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Remitió al escrito de sustentación del recurso de apelación y, además, señaló ejemplos de acciones de grupo interpuestas en otros países que coadyuvan *“como precedentes, a concluir que la presente acción de clase resulta abiertamente procedente y prospera (sic)”*.

También indicó que la empresa no dio cabal respuesta a la prueba decretada oficiosamente en segunda instancia porque no señaló el número de usuarios a quienes se le había realizado reconexión o reinstalación del servicio en el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1998 y el 31 de diciembre de 1999, con el argumento de que no poseía información al respecto, lo cual no resulta creíble, si se tiene en cuenta que estaba en la obligación de realizar esos registros y, además, es de público conocimiento que desde tiempo atrás está totalmente sistematizada. Por lo tanto, para ese lapso se deben tener como perjudicados a todos los usuarios.

Finalmente, expuso que no ha operado el fenómeno de la caducidad dado que los dos años a que se refiere el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, deben comenzar a contarse a partir de la fecha en que se causó el daño o cesó la acción causante del mismo, cuestión que no ha acontecido en el *sub lite*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia recurrida será revocada, dado que con el acervo probatorio recaudado se acreditó el daño antijurídico sufrido por el grupo demandante imputable a la accionada con ocasión del cobro de honorarios de abogado en procesos de reconexión del servicio.

Para resolver el recurso se tratarán en su orden las siguientes cuestiones: (1) La competencia para conocer del asunto; (2) La oportunidad en la presentación de la demanda; (3) El requisito del número de integrantes del grupo afectado; (4) El

contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios o de condiciones uniformes; (5) Privilegio de lo previo en servicios públicos domiciliarios; (6) El agotamiento de la vía gubernativa en los servicios públicos domiciliarios, frente a la acción de grupo; (7) Fijación del litigio en esta instancia; (8) Cargos por “retiro falta de pago” y cobros por reconexión; (9) Los gastos por cobro prejurídico y jurídico de las facturas de los servicios públicos; (10) Las otras pretensiones formuladas en la demanda; (11) Indemnización por perjuicios materiales; (12) Costas; (13) Honorarios de abogado.

1. Competencia

La Sala reitera el criterio adoptado¹ conforme el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer de procesos en los que intervenga una **empresa de servicios públicos mixta**, entidad cuya naturaleza jurídica, según definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, es pública.

Al amparo de la mencionada jurisprudencia constitucional, se entrará a conocer y resolver el recurso interpuesto por la parte actora, como quiera que de conformidad con el artículo 50 de la ley 472 y con la ley 1107 de 2006 (que modificó el artículo 82 del CCA) la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo provenientes de la actividad de las **entidades públicas**.

2. La oportunidad en la presentación de la demanda

El término para presentar la acción de grupo, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, es de dos años, los cuales se deben empezar a contar desde *“la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”*.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 33645, Auto de 12 de diciembre de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Mediante este auto la Sala resolvió los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., y la sociedad COMCEL S.A., contra el auto proferido el 3 de agosto de 2007 mediante el cual se había declarado la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción en dicho proceso.

Para determinar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar la acción de grupo es necesario precisar la causa del daño que se aduce, indagación que implica, a su vez, establecer cuáles son los hechos que se señalan como integradores de esa causa, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual el grupo tuvo o debió tener conocimiento de ese daño, además, verificar si esa causa es o no común al grupo, esto porque el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, dispone respecto de las acciones de grupo, que deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo².

Ahora bien, ha precisado la Sala que tratándose de daños causados a un grupo, antes de entrar en vigencia la Ley 472 de 1998, el término para intentar la acción de grupo empezó a correr desde el 6 de agosto de 1999³, siempre que para ese momento no se hubiera vencido el término para presentar la demanda indemnizatoria a través de las acciones ordinarias correspondientes. En consecuencia, el término para reclamar la indemnización por los daños causados antes de que entrara en vigencia la Ley 472 de 1998, en relación con los cuales no hubiere operado la caducidad, feneció el 6 de agosto de 2001.

En tal virtud, si para cuando se presentó la demanda en ejercicio de la acción de grupo, la acción de reparación directa en relación con daños causados con anterioridad a la vigencia de la Ley 472, ya se había visto afectada por la caducidad, la aplicación de la nueva norma no tiene la virtualidad de revivir términos ya vencidos y afectados por tal fenómeno.

Dado que en el caso concreto se aduce que **tanto la acción vulnerante, como el daño se han repetido de manera continúa y aún no han cesado**⁴, fuerza es concluir que la demanda interpuesta el 29 de septiembre de 2000, con el fin de reclamar la indemnización de los perjuicios causados a los usuarios de la Empresa

² Ver, por ejemplo, providencia de 26 de marzo de 2007, exp. AG-250002325000200502206-01.

³ Según el artículo 86 dicha ley entraría en vigencia un “año después de su promulgación”, la cual se realizó el día 6 de agosto de 1998 en el Diario Oficial No. 43.357.

⁴ Como lo ha señalado la Sala: “sólo la prolongación del daño como consecuencia de la prolongación de la conducta omisiva de la administración, justifica el conteo del término desde cuando cesó la omisión”. Ver, por ejemplo, sentencias de 2 de junio de 2005, exp. 25000-23-26-000-2000-00008-02(AG) y de 27 de julio de 2005, exp. 15001-23-31-000-1999-02382-01 A (AG).

de Teléfonos de Bogotá, por el cobro ilegal de tarifas y la suspensión injustificada del servicio, entre otras fallas, lo ha sido en término. Con la precisión de que como para el 6 de agosto de 1999 (cuando empezó a regir la Ley 472) había vencido el término para demandar la reparación directa de los daños causados a los usuarios del servicio antes del 6 de agosto de 1997, la demanda interpuesta sólo puede comprender la reclamación de los daños causados a partir de esta última fecha. En relación con los cobros correspondientes a épocas anteriores a esa fecha, ha operado la caducidad.

3. El requisito del número de integrantes del grupo afectado

La Sala ha señalado que no es necesario que todas las personas que integran el grupo afectado concurren al momento de presentación de la demanda, ni que quienes presentan la demanda sean por lo menos 20 personas, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 48 de la Ley 472 de 1998, *“en la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”*, pero para dar satisfacción al requisito de la titularidad, quien actúa como demandante debe hacerlo en nombre de un grupo no inferior a 20 personas, al cual pertenece y debe **señalar los criterios que permitan la identificación de los integrantes del grupo afectado.**

Ha precisado la Sala que la Ley 472 de 1998 que regula la estructura del proceso permite identificar la existencia de dos grupos en estas acciones: (i) el grupo demandante, que es aquél integrado por quienes ejercitan el derecho a accionar que se ve acrecentado con la llegada de quienes concurren al proceso antes de la apertura a pruebas y que formulan la demanda a nombre de todo el grupo afectado, con la advertencia de que la demanda puede ser presentada por una sola persona o por un grupo de personas, mientras que cumplan con la condición de pertenecer al grupo afectado y (ii) el grupo afectado, integrado por un número no inferior a veinte personas que hubieren sufrido un perjuicio individual procedente de una misma causa, grupo cuyos integrantes deben ser identificados por sus nombres en la demanda, o en todo caso, en la misma oportunidad deben

ser expresados los criterios para identificarlos con el propósito de definir el grupo, en los términos del artículo 52 numerales 2 y 4 de la Ley 472 de 1998⁵.

En el *sub examine*, se cumplió con tal requisito, como quiera que para establecer la causa común del daño en la demanda se hizo alusión a una serie de irregularidades que afectaron a los usuarios, en las cuales incurrió la Empresa de Teléfonos de Bogotá al prestar el servicio, relacionadas con el cobro de “honorarios” por mora en el pago; los cobros por “reinstalación”, por “cargo por retiro falta de pago” y por “reconexión”; la suspensión injustificada y prestación deficiente del servicio telefónico en los últimos cinco años, y el cobro de consumos no realizados.

Y en virtud de prueba decretada de oficio en esa instancia, se obtuvo la constatación de que los afectados con las actuaciones de la demandada, las cuales se acusan como irregulares, superan el número de veinte (20) exigidos para la procedencia de la acción. En efecto, la entidad demandada en memorando fechado el 8 de marzo de 2006 suscrito por la gerencia de facturación, cartera y cobranza a la gerencia de asuntos contenciosos relacionó mes a mes, en el período comprendido entre los años 2000 a 2005, el número de reconexiones y reinstalaciones realizadas durante esos años y también advirtió que *“de años anteriores no se dispone de información”* (fls. 586 a 588 c. ppal.).

De conformidad con el cuadro elaborado por la entidad accionada en el que, luego de discriminar mes a mes, totalizó los cobros por reconexión y por reinstalación, se tiene que en el año 2000 se llevaron a cabo 669.126 reconexiones y 86.986 reinstalaciones. A juicio de la Sala esa información es suficiente para acreditar el requisito de procedibilidad señalado en la Ley 472 de 1998, relacionado con el número mínimo de personas integrantes del grupo afectado.

4. El contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes

Antes de estudiar si es menester, como aduce el accionado, que los demandantes en acción de grupo hayan agotado individualmente la sede administrativa en las empresas para poder así ocurrir a la jurisdicción, la Sala estima necesario hacer

⁵ Sentencia de 6 de octubre de 2005, exp. AG-410012331000200100948-01.

referencia a una serie de particularidades que rodean la regulación del contrato de servicios públicos que gobierna las relaciones empresa-usuario.

El contrato de servicios públicos o de condiciones uniformes⁶, constituye -dentro de la normativa que regula el tema- un capítulo aparte en materia de derecho aplicable. En efecto, a diferencia del régimen general aplicable a los contratos de los prestadores que se limita a hacer un reenvío a las normas de derecho privado (arts. 31 y 32 de la Ley 142), el contrato de servicios públicos, por el contrario, está minuciosamente regulado por el Título VIII de la Ley 142⁷, según lo previsto por el artículo 365 Constitucional, conforme al cual los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

Una aproximación general a esta materia permite señalar que son muchos los aspectos que la ley reguló en esta modalidad de contrato, reglas que - como advierte el profesor Palacios Mejía- *“limitan la libertad de estipulación de tales contratos”*⁸. Algunos ejemplos de la regulación detallada de este contrato típico o nominado, son los siguientes:

i) La naturaleza y características, esto es, su definición, desde cuándo existe, las partes, el deber de informar sobre las condiciones uniformes, el régimen legal y cuándo se presume que hay abuso de posición dominante de la empresa (capítulo I, arts. 128 a 133);

ii) La prestación del servicio en particular en lo que hace al derecho a recibir los servicios públicos y la propiedad de las conexiones domiciliaria (capítulo II, arts. 134 y 135);

⁶ Ya esta Sala había indicado en oportunidad precedente que no obstante su definición legal, strictu sensu, no es de los tipificados por la doctrina y la legislación extranjera como ‘contrato de condiciones generales o uniformes’ por cuanto según aquellas el concepto comprende el conjunto de reglas redactadas previa y unilateralmente por una empresa comercial o grupo de empresas a fin de que con arreglo a ellas se rija la venta de los bienes o servicios que estos ofrecen a un grupo de usuarios: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 1997, Rad. 12684.

⁷ A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009 (nuevo marco general de las telecomunicaciones) las empresas de T.P.B.C. quedan expresamente excluidas del imperio de la Ley 142 de 1994 (ésta última vigente para la época de los hechos) y por lo mismo sus servicios en adelante no podrán considerarse como domiciliarios.

⁸ Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión* No.2, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, noviembre de 1996, p. 12.

iii) El cumplimiento y la prestación del servicio: el concepto de falla en la prestación del servicio, las reparaciones por falla en la prestación del servicio, la suspensión de común acuerdo, la suspensión en interés del servicio, la suspensión por incumplimiento, el incumplimiento, terminación y corte del servicio, el restablecimiento del servicio y la verificación del cumplimiento (capítulo III, arts. 136 a 143);

iv) Los instrumentos de medición del consumo y el control sobre su funcionamiento (capítulo IV arts. 144 y 145);

v) La determinación del consumo facturable: medición del consumo y precio del contrato (capítulo V art. 146);

vi) La naturaleza y requisitos de las facturas, la revisión previa, los cobros inoportunos y las facturas y la democratización de la propiedad de las empresas (capítulo VI arts. 147 a 151);

vii) La defensa de los usuarios en sede de la empresa: el derecho de petición y de recurso, la oficina de peticiones y recursos, los recursos, el pago de las facturas y los recursos, la causales y trámite de los recursos, la asesoría al suscriptor o usuario en el recurso, el término para responder el recurso, la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos (capítulo VII, arts. 152 a 159).

Nótese como **el régimen legal aplicable al contrato de servicios públicos tiene una alto componente de derecho público**, como que una ley de intervención económica como es la 142 de 1994 (art. 150-21 C.N.) regula en detalle múltiples aspectos, sin perjuicio de lo previsto por las partes y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, según lo dispone expresamente el artículo 132 de la citada Ley 142, que a la letra dice:

“El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil (...)” (subraya la Sala)

De modo que el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, contenido en el citado Título VIII de la Ley 142 (arts. 128 a 159), se aplica de manera preferente y sólo en subsidio habrá de recurrirse a otra tipo de normativas.

Con esta perspectiva, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación jurídica entre el usuario y la empresa de servicios públicos domiciliarios es en parte *“legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley”*⁹ A su vez, el Consejo de Estado también ha puesto de relieve el carácter singular o mixto del contrato de servicios públicos domiciliarios:

“Los actos de las empresas de servicios no están sometidos a un régimen uniforme porque pueden ser privados o administrativos, según el caso. Asimismo los contratos estarán sometidos, unos al régimen privado y a la jurisdicción ordinaria para dirimir sus controversias; y otros, como los de servicios públicos, sometidos predominantemente al derecho público, ventilables sus conflictos ante la jurisdicción administrativa, como sucede también con aquéllos que posean cláusulas exorbitantes.”¹⁰ (se subraya)

Ahora, según el artículo 128 *eiusdem* el contrato de servicios públicos es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Ese carácter *consensual*, esto es que se perfecciona con el solo consentimiento (art. 1500 C.C.), es ratificado por lo previsto por el artículo 129 de la citada ley 142 cuando dispone en su inciso primero que existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 540 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, criterio reiterado en sentencia C 493 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia C 558 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarías en la cual se indicó: “Esa relación estatutaria y contractual aparece vertida en el artículo 132 de la ley de servicios, que a su turno impone una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil. Poniéndose de relieve el carácter mixto, o si se quiere especial, del contrato de servicios públicos, de suyo uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión.

“Como era de esperarse, a la luz de la ecuación empresa-usuario la Ley 142 señaló las reglas concernientes a la solución de los conflictos que se puedan presentar, tanto entre los extremos contractuales como entre el usuario y terceros, definiendo al efecto las directrices para la defensa de los usuarios en sede de la empresa y para la liberación del suscriptor (temporal o definitiva) respecto de sus obligaciones contractuales, a tiempo que le definió a las comisiones de regulación la competencia para determinar por vía general los casos en que el suscriptor podrá acceder a dicha liberación obligacional (art. 128, inc. 4º).”

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 23 de septiembre de 1997, Radicación número: S-701, Actor: Diego Giraldo Londoño, Demandado: Telehuila S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.

El carácter consensual no es incompatible con el carácter uniforme propio de estos tipos de contratos de adhesión, en tanto la voluntad del usuario se pliega a la previamente definida en el contrato de condiciones uniformes. Condiciones que no quedan a la libre definición por parte del operador, pues como bien señaló la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de la providencia de constitucionalidad que estudió los citados artículos 128 y 129 de la Ley 142, el Estado (legislador y regulador económico) suple en buena parte la voluntad de las partes (empresa-usuario) en orden a restablecer el equilibrio contractual que podría verse amenazado por la posición dominante del prestador:

“ (...) el contrato de prestación de servicios públicos no queda plenamente librado a la absoluta autonomía de la voluntad, puesto que, aun si se trata de personas privadas, por involucrar intereses superiores por los cuales ha de velar el Estado, se encuentra sometido a la intervención de éste, a través de la ley, en todo lo relativo a la determinación de los derechos y deberes de los usuarios, el régimen de su protección y su forma de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que asumen esa función.

Además, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y, como anteriormente se indicó, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. De igual forma, la Carta señaló en el artículo 367 que el legislador debía fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y dispuso que el régimen tarifario tuviera en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

En los términos de esta providencia, que están inescindiblemente unidos a la parte resolutive de la misma y en consecuencia son obligatorios, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 128 y del primer aparte del inciso primero del artículo 129 de la Ley 142 de 1994.

La Corte estima infundado el argumento del accionante acerca de que en la disposición acusada las comisiones de regulación resultan sustituyendo la voluntad y los intereses de los usuarios, lo que, en su criterio, vulneraría la Carta Política.

La norma en realidad se limita a definir las características del contrato de prestación de servicios públicos, como corresponde al legislador; a indicar los elementos que de él hacen parte -incluidos los aspectos aplicados por las empresas prestadoras de manera uniforme, los que naturalmente deben ser públicamente conocidos por los usuarios-; a resaltar que existe contrato también en el caso

en que se pacten acuerdos especiales con alguno o algunos de los contratantes, y que las comisiones de regulación pueden señalar, por vía general, los eventos en que el suscriptor podrá librarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales. Esto último constituye apenas una forma de pauta legislativa, normal y corriente en materia contractual, en cuya virtud se señalan condiciones generales que las partes conocen de antemano acerca de las obligaciones que mutuamente contraen, la forma en que se dan por terminadas o se suspenden, y las causas de esas situaciones jurídicas. Nada de ello se opone a la Constitución ni implica suplantación de la voluntad o el interés de los usuarios sino señalamiento de las reglas legales aplicables al contrato, lo que hace parte de la función legislativa de establecer el régimen de los servicios públicos.¹¹ (se destaca)

Por lo demás, la intervención estatal en el contrato de servicios públicos de la que habla la Corte Constitucional no sólo se hace por vía de la legislación, sino que también se da por vía regulatoria.

En efecto, según las voces del numeral 73.10 del artículo 73 de la Ley 142 compete a las Comisiones de Regulación dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia.

Del mismo modo, el numeral 73.21 del artículo 73 de la misma ley, asigna a las Comisiones de Regulación la atribución de señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

Un pormenorizado régimen de defensa de los usuarios en sede de la empresa está consignado en el capítulo VII del citado Título VIII de la Ley 142. Así, como una modalidad del derecho fundamental de petición (art. 23 Constitucional) de conformidad con el artículo 152 *“[e]s de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos”* (se subraya). A su vez el artículo 153 impone a todas las personas prestadoras de servicios públicos el deber de constituir una oficina de peticiones, quejas y recursos que tiene la

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C 1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos que presenten los usuarios.

A su vez, el artículo 154 define al recurso como “*un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato”*, este mismo precepto indica que contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición ante ella y el de apelación que debe presentarse ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El mismo precepto advierte que no son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno. La norma en comento impone además al usuario la interposición del recurso dentro del término perentorio de cinco días, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato, para efectos de su defensa individual.

A su turno, el artículo 156, al regular las causales y trámite de los recursos, puntualiza que pueden interponerse por violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato y que en éstas se indicará el trámite que debe darse a los recursos y los funcionarios que deben resolverlos.

Por otra parte, la Ley 142 establece igualmente un término perentorio de 15 días hábiles a la empresa para responder los recursos, quejas y peticiones, contados a partir de su presentación e indica que si pasa ese lapso de tiempo y la empresa no responde operará la figura del silencio administrativo positivo (art. 158).

Por último el artículo 159 *ibidem* pone de presente que la notificación sobre la decisión de un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo, que el recurso de apelación ante la Superintendencia sólo se puede interponer como subsidiario del recurso de reposición ante la Empresa y que una vez presentado se le dará el trámite establecido en el citado Código.

Al revisar la constitucionalidad de varios de los preceptos antes indicados, la Corte Constitucional no dudó en encontrar en este marco legal **una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública**, esto es propias del poder público, que se reconocen a todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, como la

potestad de ejercer la *autotutela* al permitírsele definir -como lo hacen las autoridades administrativas- unilateralmente, mediante actos administrativos, controversias sobre el contrato de condiciones uniformes. Frente a los cuales, advirtió el juez constitucional, la Superintendencia ejerce un control de legalidad.

Particularmente, al estudiar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra los arts. 154 y 159 de la Ley 142/94 que regulan los recursos que puede interponer el suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realiza la empresa, específicamente en relación con el recurso de apelación frente a la Superintendencia- la Corte Constitucional precisó:

“a) No cabe duda de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es superior jerárquico de las empresas ni de los demás sujetos encargados de la prestación de dichos servicios, bajo la consideración hecha antes de la jerarquía entendida como un conjunto de órganos pertenecientes a un mismo organismo administrativo, ligados por una relación jurídica de subordinación con respecto a un jefe superior de la administración.

b) Si bien dicha Superintendencia no ostenta el carácter indicado y bajo las circunstancias que se han descrito, sí tiene el carácter de superior jerárquico desde el punto de vista funcional, es decir, como el conjunto organizacional (empresas y entidades prestatarias del servicio y superintendencia) que tienen de acuerdo con la Constitución y la ley la responsabilidad de desarrollar las actividades y ejercer las competencias que les han sido otorgadas para efectos de la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se destaca así la unidad desde el punto de vista funcional entre las actividades operativas y ejecutoras que corresponden a las empresas y demás entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio, con las funciones de control, inspección y vigilancia asignadas a la Superintendencia.

c) No existe impedimento constitucional para que sea posible integrar como un todo funcional las actividades operativas y ejecutoras con las funciones de control, inspección y vigilancia. La Constitución no ha determinado el alcance de éstas; por lo tanto, puede el legislador determinar cual es el ámbito de competencia de la Superintendencia al ejercer dichas funciones, obviamente con fundamento en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Ello es así, si se considera que el inciso 2 del art. 365, aun cuando admite la prestación del servicio por particulares, perentoriamente dispone que ‘en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios’, y que el art. 365 (sic) defiere a la ley el señalamiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios.

Referidas a las competencias asignadas a la Superintendencia, la función de control denota la idea de comprobación, fiscalización, inspección, intervención y vigilancia. Por lo tanto, dentro de ésta se comprende la función de inspección que da la idea de examen, revista o reconocimiento minucioso por quien ejerce la respectiva competencia, así como la función de vigilancia, que implica la actividad de cuidado, observación, atención, celo y diligencia que se debe desplegar en relación con las acciones que se desarrollan por las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Cuando los doctrinantes del derecho administrativo aluden a las modalidades del control, tomando como referente el objeto sobre el cual recae, distinguen: entre el control que se ejerce sobre los órganos, esto es, sobre la organización, que denominan control orgánico, e implica un vínculo entre el órgano controlador y el órgano controlado que se manifiesta mediante un poder de supraordenación de aquél con respecto a éste, del control que recae sobre los actos, el cual es equivalente a vigilar el funcionamiento de los órganos, y lo denominan control funcional. Se trata en este evento de verificar o establecer si un acto dictado por un órgano administrativo se adecua a los criterios de mérito o conveniencia, o de legitimidad o legalidad, aun cuando el ordenamiento legal lo puede limitar a esto último.

d) El conocimiento del recurso de apelación por la Superintendencia, no resulta por lo dicho ajeno a sus funciones de control, inspección y vigilancia, porque éstas pueden perfectamente aunarse con las que conciernen al régimen de protección de los derechos de los usuarios. En efecto, las normas acusadas institucionalizan una forma de control funcional que se ejerce sobre los actos de las empresas y entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios, que implica un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por éstas con el fin de verificar si dichas decisiones se ajustan o no a la legalidad, esto es, al marco normativo que deben acatar, el cual está constituido, por la Constitución, la ley, las regulaciones generales del Gobierno sobre administración y control de su eficiencia, las disposiciones regionales o locales que se hayan expedido sobre tales servicios, y los reglamentos internos del servicio, adoptados por las entidades prestatarias de éste, e igualmente a las estipulaciones del respectivo contrato.

e) La Constitución establece que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que establezca la ley, la cual, además, 'fijará las competencias y responsabilidades relativas a su prestación', y determinará, entre otras cosas, los deberes y derechos de los usuarios, y el régimen de su protección (arts. 150-23, 365, 367 y 369). Por consiguiente, se adecuan a las normas constitucionales los segmentos normativos acusados, porque ellos regulan una materia -el recurso de apelación- que se encuadra en la competencia que tiene el legislador para establecer el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, dentro del cual se comprende la facultad para arbitrar mecanismos para la defensa de los derechos de los usuarios. Y es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos.

f) La Constitución advierte que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de éste asegurar su prestación en condiciones de eficiencia y calidad. Por lo tanto, sea que el servicio se preste por los municipios, empresas industriales y comerciales oficiales, por comunidades organizadas, o por sociedades comerciales por acciones, el Estado no se desprende de la responsabilidad que le corresponde para que a través de las funciones de control, inspección y vigilancia garantice dichas condiciones de eficiencia y calidad. Por lo tanto, no puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional.

g) Adicionalmente hay que considerar que las normas acusadas tienen su fundamento en el art. 89 de la Constitución, que alude a la protección y aplicación de los derechos, según el cual:

‘Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas’.

Es evidente que si las empresas de servicios públicos domiciliarios, como se vio antes, tienen derechos y ejercitan poderes y prerrogativas propias de las autoridades públicas, y desempeñan funciones públicas, sus decisiones unilaterales pueden ser pasibles de recursos parecidos a los que ordinariamente proceden contra los actos de la administración. Por lo tanto, el referido recurso de apelación ante la Superintendencia, que bien hubiera podido denominarse de otra manera (recurso de alzada, impugnación por la vía jerárquica, o simple reclamación, etc.), que también encuentra respaldo constitucional en la norma transcrita, tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos de los usuarios, en una instancia imparcial, diferente a la misma empresa.

5.6. En relación con el cargo formulado por el demandante, en el que se sostiene la inexecuibilidad de las disposiciones impugnadas por carecer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de la estructura suficiente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra los actos de las empresas que presten servicios públicos en todo el país, considera la Corte, acogiendo el concepto de la Procuraduría, que la tacha de inconstitucionalidad alegada, fundada en un argumento de simple conveniencia, es un asunto referido a la aplicación de la ley que escapa al ámbito del juicio de constitucionalidad.

5.7. Finalmente advierte la Corte, que la asignación de la competencia a la Superintendencia para resolver el recurso de apelación, obedece no solamente a criterios de imparcialidad, sino de eficacia y eficiencia, como es la de buscar que un órgano especializado sea el único encargado de decidir los recursos contra los actos de las empresas a nivel nacional, porque ello contribuye a diseñar una doctrina uniforme que sirva de orientación para el desarrollo de las actividades de aquéllas, sin que ello sea óbice para que se deleguen o desconcentren funciones en oficinas o dependencias regionales de dicha entidad, de modo que los usuarios de la periferia tengan acceso expedito a dicho recurso, garantizándose así el principio de inmediatez.

En razón de lo anterior, la Corte no encuentra argumentos para considerar que los segmentos normativos acusados sean violatorios de las normas que se invocan en la demanda ni de ningún otro precepto constitucional.”¹² (subrayas fuera de texto original)

A su vez, la Sala Plena del Consejo de Estado en criterio similar al expuesto por la justicia constitucional subrayó el carácter reglado del contrato de condiciones uniformes, en los siguientes términos:

“Se insiste en la idea precedente porque si bien el régimen de los servicios públicos domiciliarios es formalmente de derecho privado, su aplicación no es exclusiva ni libre, dada la fuerte injerencia que sobre las personas que los prestan, sean públicas o particulares, ejerce el Estado, ya que la constitución le impone a éste de manera expresa (debido a la finalidad social que le es inherente) las funciones de regulación, control y vigilancia de tales servicios.

Se observa así la relatividad de ese régimen privado, especialmente en lo que toca con los contratos de servicios públicos domiciliarios (relación empresa - usuario) en los cuales es de su esencia que éste pueda presentar a aquélla peticiones, quejas y recursos relativos a los mismos (art 152); y con los actos administrativos que las empresas puedan dictar con apoyo en dichos contratos. Frente a los contratos, no sólo porque la relación usuario - empresa es de derecho público, sino porque en éstos no rigen en todo su integridad los principios de la autonomía de la voluntad, la libre discusión de sus derechos y obligaciones y la igualdad de las partes, tan caros en

¹² Corte Constitucional, sentencia C 263 de 1996, M.P. Barrera Carbonell, enfoque reiterado por esa misma Corporación en Sentencia C 558 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarías, donde la Corte no dudó en calificar este procedimiento reglado de “auténtica vía gubernativa para el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin distingo alguno en cuanto a la naturaleza pública, mixta o privada de los agentes prestadores, que a su turno obran como titulares de funciones administrativas. Lo cual encuentra su razón de ser en la necesidad de que las empresas y entidades del sector tengan la oportunidad de revisar y enmendar sus propios actos hasta el grado de la reposición, con la subsiguiente y complementaria competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en recurso de apelación.(...)”

“A manera de conclusión puede afirmarse entonces que las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su condición estatal o privada, gozan de un conglomerado de derechos, poderes y prerrogativas de autoridad pública que las habilitan para cumplir funciones administrativas que van desde la resolución de peticiones, quejas y reclamos hasta la decisión del recurso de reposición, ofreciéndose como en una balanza el acervo de facultades de autoridad pública y el control de autotutela que se ve complementado con la revisión superior encomendada a la Superintendencia de Servicios Públicos para la culminación de la vía gubernativa.”

la contratación típicamente privada. Y frente a los segundos, porque los actos que expiden las empresas con apoyo en los citados contratos, serán administrativos; y por ende, estarán amparados con la presunción de legalidad y dotados del privilegio de la ejecución de oficio, como sucede con los que reconocen a las empresas oficiales deudas derivadas de la prestación de dichos servicios, las cuales podrán hacerlas efectivas a través de la jurisdicción coactiva (art 130). Actos administrativos que son susceptibles de los recursos de reposición ante la misma empresa y de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art 154).

(...)En conclusión:

a) Los actos y los contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que puedan citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (art 154 inc 1º). c) Asimismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulados en los arts. 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las Comisiones de Regulación, en los cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (art. 31 inc 2º), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe, por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los arts 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la ley 142, darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el art 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el art 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.”¹³

En tal virtud, el legislador del año 1994 -con arreglo a la habilitación constitucional consignada en los artículo 365 y 369 superiores- al definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y determinar los derechos de los usuarios y su régimen de protección, en el Título VIII de la Ley 142, señaló varias reglas de orden público -y por ende de imperativo cumplimiento- que disciplinan la relación jurídica entre el prestador de servicios públicos domiciliarios y el suscriptor, usuario o consumidor de servicios públicos y que suponen el ejercicio, en veces, de prerrogativas de autoridad pública a los prestadores del servicio.

¹³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 23 de septiembre de 1997, Radicación número: S-701, Actor: Diego Giraldo Londoño, Demandado: Telehuila S.A., C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

5. Privilegio de lo previo en servicios públicos domiciliarios

Señala la entidad demandada que los accionantes debieron agotar la vía gubernativa antes de demandar, porque el contrato de condiciones uniformes empresa-usuario prevé que las quejas y reclamos de los usuarios deben ser resueltos por la entidad, mediante actos susceptibles de ser controvertidos ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El **principio de la autotutela de la Administración**, esto es, aquella capacidad “como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas”¹⁴ dota a la administración de la facultad de tomar decisiones ejecutorias. Se trata de un privilegio que le permite decidir los asuntos de su competencia, sin intervención judicial previa, mediante actos administrativos, que gozan de presunción de legalidad y ejecutividad. A esta figura la doctrina francesa la denomina *privilège du préalable*, en cuanto dispensa a la Administración de acudir al juez para obtener una decisión ejecutoria, el cual sólo podrá ejercer control del acto cuando la Administración ha adoptado la determinación ejecutoria.

El privilegio de lo previo, como también se le nomina, está íntimamente relacionado con la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa (artículo 135 del CCA¹⁵), la cual entraña que sólo cuando el interesado en la decisión la hubiere discutido, en su caso, ante la misma Administración, podrá acudir ante la jurisdicción a cuestionar la legalidad de ese acto, exigencia que, por demás, tiene entre sus finalidades la de favorecer al mismo afectado. Así, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho cuando previamente no se ha reclamado ante la administración. Criterio que esta Corporación ha sostenido reiteradamente:

“Corresponde al actor reclamar en la vía gubernativa las pretensiones que pretende hacer valer ante la instancia judicial. Así lo manda el privilegio de la decisión previa conforme al cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si

¹⁴ Al respecto, ver García De Enterría- Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 515.

¹⁵ Declarado exequible Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2000.

previamente no se le ha solicitado por el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. La reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la administración volver a pensar o considerar mejor la decisión que se impugna o resiste; y para el administrado también puede resultar ventajosa ya que mediante su gestión podrá convencer a la administración y evitarse así un pleito¹⁶ (se subraya)

Ahora, si bien es cierto, que la prestación de los servicios públicos domiciliarios no constituye una faceta de la función administrativa¹⁷, no lo es menos que, excepcionalmente, por autorización de la ley, los operadores asumen prerrogativas propias del poder público.

Dentro de esos eventos singulares en que el legislador le atribuyó a los prestadores de servicios públicos privilegios propios de la autotutela de la Administración, se pueden citar -entre otros- los relacionados con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio.

En efecto, por ministerio de la ley (art. 140 Ley 142), el incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato y, en todo caso, por falta de pago¹⁸, fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas y por alteración inconsulta y unilateral por parte del usuario o suscriptor de las condiciones contractuales de prestación del servicio. Hipótesis todas en las que no es menester la intervención judicial para adoptar una decisión ejecutoria.

Asimismo, el artículo 141 *eiusdem*¹⁹ prescribe que el incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, faculta a la empresa a tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. Aunque defirió a las condiciones

¹⁶ Sentencia de 9 de junio de 2005, exp. 15001-23-31-000-2000-00629-01(2270-04).

¹⁷ Vid. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en Superintendencia de Servicios Públicos", en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, No. 13 (abril de 2002), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 22 y ss. Una referencia pormenorizada de los múltiples fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en este mismo sentido en "¿Las empresas de servicios públicos privadas son entidades estatales?", *Elementos de juicio, Revista de temas constitucionales*, No.9, mayo-septiembre de 2008, pp. 161 y ss.

¹⁸ Por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) cuando sea mensual (codiciado Ley 689 art. 19).

¹⁹ Declarado exequible Corte Constitucional, sentencia C 389 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández.

uniformes la precisión de las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato, el legislador del año 1994 presumió que el atraso en el pago de tres facturas de servicios y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años, es materia que afecta gravemente a la empresa y que permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.

En consonancia con estos mandatos, el capítulo VII del Título VIII de la Ley 142 bajo la nominación de “*defensa de los usuarios en sede de la empresa*”, previó que las decisiones unilaterales que adoptan las empresas y que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato en relación con los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación del servicio, son pasibles de los recursos de reposición y de apelación, eventos en que igualmente las empresas adoptan decisiones que revisten el carácter de función administrativa.

Así las cosas, la Ley 142 dotó de una serie de derechos y prerrogativas de autoridad pública a las empresas de servicios públicos domiciliarios, dentro de las cuales ocupa especial relevancia la **potestad de autotutela** propia de las autoridades administrativas, al revestirlas de la facultad de decidir ciertas controversias que se susciten con ocasión de la prestación del servicio o la ejecución del contrato y de resolver, asimismo, los recursos que contra dichas decisiones interpongan lo usuarios.

Síguese de todo lo anterior, que en ejercicio de ese **privilegio de lo previo** los operadores pueden adoptar decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato relacionados con: (i) actos de negativa del contrato, (ii) suspensión, (iii) terminación, (iv) corte y (v) facturación, frente a las cuales -a su turno- los artículos 154 y 159 de la Ley 142 regulan los recursos de reposición y apelación que, a su vez, puede interponer el suscriptor o usuario para que la empresa revise dichas determinaciones.

Las empresas de servicios públicos domiciliarios cumplen, pues en estos eventos una función administrativa. Tanto cuando adoptan esas decisiones como cuando conocen y deciden sobre los recursos presentados por los suscriptores o usuarios contra las mismas²⁰. O lo que es igual, los operadores quedan en estos casos

²⁰ De acuerdo con el inciso tercero del citado artículo 154 de la Ley 142 el recurso de reposición procede sólo contra los actos que resuelvan las reclamaciones de facturación.

revestidos de prerrogativas de autoridad pública, circunstancia exceptiva que, sin embargo, no tiene la virtualidad de convertir en función administrativa el desarrollo ordinario de su objeto social.

En la misma línea la jurisprudencia constitucional también ha dejado en claro que la facultad de cobrar servicios no facturados por error u omisión es una de las manifestaciones de autotutela de que están dotadas las empresas prestadoras de servicios públicos. Autotutela que encuentra fundamento en la eficacia y la eficiencia del servicio, prerrogativas que -por supuesto- van acompañadas de unos medios de control a las mismas:

“la facultad de cobrar servicios no facturados por error u omisión, es una de las tantas formas de autotutela que utiliza la administración, para cumplir con los objetivos planteados constitucionalmente.

Esta potestad , cuyo origen es el cobro del servicio consumido, no solo nace de la onerosidad característica de la prestación de estos servicios, sino igualmente de la necesidad de favorecer la organización, el funcionamiento, la continuidad , la eficiencia y la eficacia en la prestación del servicio.

En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos , públicas o privadas, cuentan con la potestad y por ende la posibilidad de cobrar dentro del término legal, aquellos servicios que por error u omisión suyo hayan dejado de facturar. Lo anterior , no solo por la eficacia del servicio sino igualmente por la eficiencia.²¹

Es decir, en aras de la propia eficiencia que ataca el actor , es que existe la posibilidad del cobro mencionado. Debe entenderse desde luego, que dichas empresas están autorizadas por la ley para cobrar lo que realmente se les adeuda.

En tercer lugar, ante las potestades inherentes en la prestación de este servicio, la misma Constitución y la ley han predeterminado unos controles necesarios para el ejercicio de dichas prerrogativas.

Así las cosas, cuando la administración ejerce sus potestades para corregir la facturación sea por error o por omisión suyas , dicho acto puede beneficiar al usuario a quien se le ha cobrado más de lo debido , y en consecuencia la corrección permite volver las cosas a la legalidad.

No obstante , en el evento que dicho acto de corrección no sea beneficioso para el usuario y este considere que no es basado en

²¹ Sentencia C- 558 de 2001 M.P. Jaime Araújo Rentarúa.

la realidad o en la legalidad, cuenta con los mecanismos necesarios para hacer valer sus derechos.

En este orden de ideas, bajo el entendido que la factura es un acto jurídico emitido por una empresa prestadora de los servicios referidos, sea esta pública o privada, existe la posibilidad que ante la inconformidad del usuario , este haga uso de los mecanismos constitucionales que le permiten controvertir dicho acto.

Ciertamente, el usuario de los servicios públicos domiciliarios , puede ventilar sea ante la misma administración (vía gubernativa , por intermedio de quejas, reclamos, peticiones o recursos) o ante la jurisdicción contenciosa , (a través de la acciones contenciosas) todas aquellas inconformidades provenientes de las obligaciones establecidas en la factura. Así entonces, aquel usuario que no este de acuerdo con la facturación de servicios o bienes anteriormente no cobrados por errores u omisiones de las empresas prestadoras , cuenta con una amplia gama de posibilidades jurídicas para controvertir dicho cobro. Derechos estos ampliamente amparados por la Corte Constitucional.^{22(...)}²³

Tan claro es ello que contra estas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato como los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa procede no sólo recurso de reposición frente a ésta, sino también de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 154 de la Ley 142²⁴). Entidad de rango constitucional que aunque no es superior jerárquico de los prestadores desde el punto de vista orgánico, sí lo es funcionalmente hablando, ya que cuenta con un poder de revisión o reexamen de las decisiones adoptadas por la empresa en orden a verificar si éstas se ajustan o no a la legalidad²⁵, tal y como lo definió la jurisprudencia constitucional.²⁶

²² “Cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”: Sentencia T- 730 de 2002.

²³ Corte Constitucional, sentencia C 060 de 2005.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2003.

²⁵ Sobre este punto vid. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios públicos domiciliarios-Actualidad Jurídica*, tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001, pp. 210 a 228.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C 263 de 1996.

En otras palabras, ciertas decisiones de las empresas (actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación) se gobiernan por el principio de autotutela y por lo mismo en estos eventos aquéllas pueden tomar decisiones ejecutorias que de ordinario están reservadas a la Administración. Privilegio de lo previo que las dispensa de acudir a los jueces para obtener en este tipo de materias decisiones ejecutorias, susceptibles -a su vez- de recursos de reposición y apelación en sede administrativa.

Al desempeñar para estos efectos funciones administrativas, las Empresas dictan -en consecuencia- actos administrativos, susceptibles de los recursos gubernativos reglados por las normas especiales de servicios públicos domiciliarios y en lo no previsto en éstas por el Código Contencioso Administrativo.

En definitiva, la *“respectiva entidad milita como sede administrativa en la órbita propia de la autotutela de los actos administrativos”*²⁷. Control de autotutela completado con la revisión superior por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al decidir los recursos de apelación frente a ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio²⁸.

Con apoyo en estos y otros mandatos legales, la Corte Constitucional en punto de los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, desde uno de los primeros pronunciamientos de constitucionalidad sobre el régimen legal de los servicios públicos, con claridad meridiana expuso:

“Diferentes disposiciones de la ley 142 de 1994, con miras a asegurar la organización, el funcionamiento, la continuidad, la eficiencia y la eficacia del servicio, otorgan a las empresas de servicios públicos domiciliarios una serie de derechos, privilegios y prerrogativas que son propias del poder público, vgr, la calificación como esenciales de los servicios públicos domiciliarios y, por

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C 558 de 2001.

²⁸ Sobre esta faceta de la policía administrativa en servicios públicos Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 931 de 1999, C.P. Luis Camilo Osorio; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias AP 1470 de 2.005, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; AP 1944 de 2006 y AP 1843 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; “La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: Hacia un nuevo control de gestión empresarial” en *Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 173 y ss. y “La Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios (a pesar de lo dispuesto por la Ley 1340 de 2009)” en *Elementos de Juicio, Revista de Temas Constitucionales*, No. 15-16, Bogotá, 2011, pp. 41 y ss.

consiguiente, la prohibición de la huelga en ellos, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, o la facultad de imponer servidumbres²⁹, hacer ocupaciones temporales de inmuebles o remover cultivos u obstáculos que se encuentren en los mismos, para asegurar la organización y el funcionamiento del servicio, en los términos de la ley 56 de 1981, así como la potestad de ejercer la autotutela, propia de las autoridades administrativas, cuando pueden a través de decisiones unilaterales o actos administrativos definir una controversia frente al usuario y, por consiguiente, declarar lo que es derecho en un caso concreto, e incluso decidir el recurso de reposición contra dichas decisiones (arts. 4, 56, 57, 106 a 114, 117, 119, 152 a 159).

Consecuente con lo dicho, si la ley le ha otorgado a las empresas el repertorio de derechos, prerrogativas y privilegios que se han mencionado, que son propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados.” (se subraya)

Siguiendo de cerca el criterio sentado por la jurisprudencia constitucional, que por cierto cita *in extenso*, la Sala Plena de esta Corporación en un conocido pronunciamiento dijo lo siguiente en relación con el tema en estudio:

²⁹ [Cita no original del fallo que se transcribe] En realidad de verdad las empresas no ostentan en estos casos un privilegio de lo previo, pues deben acudir o bien a la Administración ora ante los jueces para promover la constitución de servidumbres: “en materia de servidumbres el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 -al prever algunas facultades especiales por la prestación de los servicios públicos- dispuso que quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores confieren para i) el uso del espacio público, ii) para la ocupación temporal de inmuebles y iii) para ‘promover la constitución de servidumbres’ o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio.

Nótese cómo el precepto en modo alguno autoriza directamente a los prestadores de servicios públicos domiciliarios a constituir directamente servidumbres, como si se tratara de una suerte de prerrogativa especial con carácter de función administrativa, sino que -muy por el contrario-tan sólo los habilita para promover la constitución de las mismas.

En consonancia con este mandato legal, el artículo 117 de la misma Ley 142 establece que la empresa de servicios públicos que tenga interés en beneficiarse de una servidumbre, para cumplir su objeto, podrá i) solicitar la imposición de servidumbre mediante acto administrativo y ii) promover el proceso de imposición de servidumbre al que se refiere la Ley 56 de 1981.

Por manera que en materia de servidumbres, la Ley 142 de 1994 previó dos vías para hacer efectivo este tipo de gravámenes. Una primera *vía*, que bien podría denominarse **administrativa**, faculta a las empresas para que soliciten la imposición de servidumbre mediante acto administrativo. A este respecto, el artículo 118 *eiusdem* señala que tienen facultades para imponer la servidumbre por acto administrativo las entidades territoriales y la Nación, cuando tengan competencia para prestar el servicio respectivo y las comisiones de regulación (arts. 28, 39.4 y 73.8 de la Ley 142 de 1994, Resoluciones CREG 01 y 03 de 1994).

Es justamente a este primer evento, que se ha llamado “administrativo”, para el que la Ley 142 estableció una regla de competencia particular, en el antecitado artículo 33 cuando dispuso que sus actos (los de las autoridades administrativas que tienen competencia para imponer las servidumbres evidentemente) ‘estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo’

En contraste, frente a la que bien podría calificarse de **vía judicial**, el artículo 117 de la Ley 142 dispuso que las empresas están autorizadas para promover el proceso de imposición de servidumbre al que se refiere la Ley 56 de 1981. Consultado este precepto, se advierte que al regular el procedimiento para establecer servidumbre (Capítulo II del Título II, arts. 25 a 32) se dio una normativa especial que contiene todo un trámite propio de los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción ordinaria.”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 14 de enero de 2010, Rad.: 130012331000200700498-01 (35278), CP Ruth Stella Correa Palacio (negrillas y subrayas originales).

“c) El Art. 32 (“régimen de derecho privado para los actos de las empresas”) consagra directamente, sin las sinuosidades del Art. 31, el derecho privado como el apropiado exclusivamente para la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, pero olvida que con esa advertencia entra en contradicción con otros principios de la misma Ley que muestran un régimen jurídico diferente con predominio del derecho público, aplicable a ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos administrativos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación dictados por dichas empresas

(...) la ley 142 de 1994, en la cual, pese a señalar (...) el derecho privado para sus actos y contratos, su interpretación armónica permite afirmar que las empresas de servicios públicos domiciliarios, que poseen derechos y prerrogativas de autoridad pública, cumplen [en dichos eventos] funciones administrativas ³⁰ (subrayas no originales)

Igualmente esta Sección, luego de reiterar que la prestación de los servicios públicos no es una faceta de la función administrativa, ya ha tenido oportunidad de precisar que en determinados eventos, por excepción, los operadores están investidos de privilegios propios de la Administración:

“En todo caso, la regla sentada -esto es que función pública y servicio público dejaron de ser asimilables- admite excepciones en todas aquellas hipótesis en que la ley 142 de 1994 revistió al prestador del servicio de prerrogativas propias de las autoridades públicas, es el caso del artículo 31 que permite la inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos de los prestadores³¹; de los artículos 33, 56, 57, 116 a 120 que otorgan unas facultades especiales a los prestadores para la ocupación temporal de inmuebles (...) o la enajenación forzosa de bienes que dan lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción en lo contencioso administrativo; del Capítulo VII del Título VIII (arts. 152 a 159) que regula el proceso administrativo especial de defensa del usuario en sede de la empresa, el cual debe interpretarse en

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 23 de septiembre de 1997, Expediente S-701 de 1997.

³¹ Cfr. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Resolución CRT 575 de 2002, art. 2.6.1 y ss. (en www.crt.gov.co).

Comisión de Regulación de Agua Potable, Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.3.1, modificada por la Resolución CRA 293 de 2004 (en www.cra.gov.co).

La Comisión de Regulación de Energía y Gas no ha expedido ningún acto administrativo general que permita la inclusión de cláusulas exorbitantes, ver Concepto CREG 3947 de 26 de diciembre de 2001 (en www.creg.gov.co).

consonancia con el C.C.A.³² (derecho de petición, quejas y recursos y silencio administrativo positivo) y de los artículos 140 y 141 atinentes a la terminación, suspensión y corte del servicio (...)³³ (subrayas fuera de texto original)

Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos también ha conceptualizado que la Ley 142 de 1994 dotó a las empresas de servicios públicos de ciertas prerrogativas propias de las autoridades públicas:

“Dentro del nuevo régimen de prestación de los servicios públicos elaborado a partir de la Constitución Política de 1991, y desarrollado a través de la Ley 142 de 1994, el cual redefinió el papel que hasta ese momento el Estado había venido desempeñando como gestor directo de esos servicios, se abrió paso a la prestación directa de los mismos por parte de las comunidades organizadas y de los particulares.

La entrada de agentes económicos privados en el mercado de los servicios públicos en libertad de competencia, es decir, sin que se requiera habilitación constitucional o legal, hizo que la Ley 142 de 1994 diseñara reglas conforme a las cuales los prestadores de esos servicios (públicos y privados) pudieran actuar como lo hacen los particulares en un mercado en competencia.

Pero así como la Ley 142 en algunas materias formuló pautas de comportamiento para las empresas de servicios públicos propias de las relaciones entre particulares, respecto de otros asuntos, las dotó de ciertas facultades o privilegios de que gozan las autoridades públicas. Tal es el caso de las potestades que les confiere la Ley con relación al contrato de servicios públicos, particularmente en relación con los actos de facturación, suspensión y corte del servicio, los cuales, además se consideran actos administrativos, o el procedimiento para la imposición de sanciones en el cual se debe observar el debido proceso que rige para las actuaciones administrativas.³⁴

Con sujeción a lo expuesto, la relación usuario-empresa no es sólo contractual, sino a la vez estatutaria o reglamentaria. Este particular carácter se exterioriza - entre otros- en la regulación contenida en los artículos 140 y 141 de la ley 142 de 1994 en consonancia con los artículos 152 a 159 *ibid.*, relativos a la negativa del contrato, suspensión por incumplimiento, la terminación, corte y facturación del

³² Cfr. Interpretación por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil, de la Superservicios en Conceptos SSPD 20001130000125 y SSPD 19991300000249 en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Op. Cit.* pp. 210 y ss.

³³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia AP 1470 de 2.005, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁴ Concepto SSPD 2001300000930 disponible en www.superservicios.gov.co.

servicio y a los mecanismos de defensa de los usuarios en sede de la empresa, entre los que se cuenta el derecho de petición y los recursos, para justamente discutir ese tipo de decisiones.

Por supuesto, en estos casos la empresa de servicios públicos domiciliarios, al obrar como Administración, se encuentra sometida al principio de legalidad y por lo mismo sus decisiones son susceptibles de ser debatidas en sede administrativa y judicial.

De ahí que las decisiones que adoptan tanto la empresa como la Superintendencia respecto del contrato de servicios públicos pueden ser discutibles en sede judicial mediante interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los respectivos actos administrativos que expida tanto la empresa como la Superintendencia con ocasión del contrato de condiciones uniformes.³⁵

No obstante lo anterior, el hecho de que el legislador, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 150-23, 365, 367 y 369 superiores haya fijado dentro del régimen jurídico aplicable y al hacerlo haya establecido una serie de prerrogativas relacionadas con la ejecución del contrato (entre ellas las de suspensión, terminación y facturación) lo mismo que una sede administrativa para debatirlas, no cierra la puerta a la posibilidad de ocurrir ante los jueces, bajo un medio de control distinto al del contencioso subjetivo de anulación (art. 85 del CCA).

Dicho de otra manera, la existencia de un control gubernativo sobre los actos administrativos no impide acudir directamente al control judicial, mediante las acciones establecidas para los grupos o colectivos, acciones en las cuales precisamente por su naturaleza de colectivas no se exige la previa discusión individual de los derechos por cada uno de los miembros del grupo en sede de la empresa. Y ello es así porque la protección colectiva no excluye la posibilidad del control gubernativo y judicial individual, como pasa a explicarse.

³⁵ Entre otras pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Primera de esta Corporación que han estudiado controversias suscitadas con ocasión del contrato de servicios públicos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 27 de septiembre de 2001, rad. 25000-23-24-000-1998-0311-01(6640), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 26 de noviembre del año 2004, rad. 25000-23-24-000-2002-0657-01, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

6. El agotamiento de la vía gubernativa en los servicios públicos domiciliarios, frente a la acción de grupo

Las acciones de grupo son sin duda un mecanismo judicial idóneo para la defensa y protección de los derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, en tanto categoría especial de los consumidores.

La Carta Política de 1991, en especial en sus artículo 333 y 365, brinda una particular protección a la libre competencia económica, pero la misma no se dirige únicamente a los agentes económicos al garantizarles el acceso al mercado, sino que simultáneamente se propone la protección del conjunto de la colectividad quien es concebida en este modelo como la principal beneficiaria del sistema económico perfilado constitucionalmente, en especial en cuanto se refiere a la calidad y precio de los bienes y servicios que se transan.

Dada la condición de inferioridad, indefensión o subordinación manifiesta de la comunidad, la intervención estatal se vuelca con especial énfasis a los usuarios y perfila así una de sus más importantes facetas: **el derecho del consumo**³⁶, como manifestación nítida del constitucionalismo social³⁷.

Tutela de los usuarios, en tanto dimensión de la libertad económica³⁸, que parte del reconocimiento de la “*asimetría real*” de sus relaciones con las empresas proveedoras de los bienes y servicios, debilidad manifiesta que encuentra en el artículo 369 Superior una sólida base y fundamento constitucional para su singular protección y defensa en el sector de los servicios públicos domiciliarios.

De la previsión de los derechos colectivos de los consumidores o usuarios a la vez de manera general en el artículo 78 C.P. y en forma particular para el sector de los servicios públicos domiciliarios en el artículo 369 *eiusdem*, se sigue que su infracción en ocasiones comporta la declaratoria de responsabilidad por su desconocimiento y, por ende, su consecencial reparación.

³⁶ Vid. Reich, Norbert, Mercado y Derecho, Barcelona, Ed. Ariel, 1985 y Bando Casado, Honorio-Carlos, Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1986.

³⁷ Vid. Aragón Reyes, Manuel, Constitución y modelo económico en VVAA Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 377-397.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias AP 254 de 2005, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez, AP 005 de 2008 y AP 888 de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En este contexto emergen **las acciones de grupo como instrumento judicial idóneo para la protección de los derechos del consumidor** en general y del usuario de los servicios públicos domiciliarios en particular, en puntos tan sensibles para éste último como el acceso (vgr. actos de negativa del contrato), la eficiencia, la oportunidad, la continuidad en la prestación (vgr. suspensión, terminación y corte) y -por supuesto- el precio (vgr. tarifa, facturación y cobros).

De cuanto antecede se impone concluir que no le asiste razón a la demandada cuando afirma que al prever la Ley 142 de 1994 los recursos de “*vía gubernativa*” en sede de la empresa, como instrumento para que ésta pueda corregir los errores en que incurra, el usuario no puede acudir a la acción de grupo, si previamente no se ha agotado esta “instancia” administrativa.

Premisa errónea que, de admitirse, no sólo negaría la entidad constitucional de estas acciones judiciales (art. 88 C.P.) sino que –además- debilitaría de manera grave la acción protectora del Estado en favor de los usuarios, desconociendo de paso su carácter de director general de la economía, que pregona sin ambages el artículo 334 constitucional.

Conviene no perder de vista que el artículo 88 superior dispone:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

De acuerdo con el inciso segundo de la norma transcrita, el legislador quedó facultado para regular las acciones originadas en daños ocasionados a un grupo (defensa colectiva), “sin perjuicio” de las correspondientes acciones particulares (defensa individual). La Sala destaca la importancia que reviste esta locución adverbial (“sin perjuicio”) que significa -según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua- “dejando a salvo”, y que entraña por lo mismo que la defensa individual no es excluyente de la colectiva, y viceversa.

En la misma línea de este mandato fundamental, el artículo 89 prescribe, a su vez, que además de los consagrados en los artículos anteriores (86: tutela, 87: cumplimiento y 88: acciones popular y de grupo), la ley establecerá los demás recursos (judiciales y administrativos), las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Resulta indiscutible que para la defensa de los derechos del consumidor no sólo existe la acción popular (arts. 78 y 88 C.P. y art. 4 apartado n) de la Ley 472), sino también la acción de grupo (art. 88 *ibid.* y Ley 472), lo mismo que los demás recursos, acciones y procedimientos que defina el legislador, en este caso la Ley 142 en desarrollo también de lo dispuesto por el artículo 369 de la Carta.

Conforme a estos preceptos, la defensa individual corre pareja de la defensa colectiva del consumidor de los servicios públicos y por ello las exigencias de procedibilidad propias de la acción individual (agotamiento del procedimiento de defensa del usuario en sede de la empresa) no pueden exigirse, en una suerte de analogía, para su defensa colectiva.

La protección del usuario impone una defensa a la vez individual y colectiva, con mecanismos jurídicos de protección diversos, pero no excluyentes. De allí que, la existencia de instrumentos administrativos de tutela individual de los derechos del usuario de los servicios públicos domiciliarios para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato en asuntos relacionados con actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación en nada impide que el consumidor final acuda directamente a instrumentos judiciales para su defensa colectiva.

Esa posibilidad que se otorga al usuario para reclamar individualmente ante la empresa no constituye un obstáculo para el ejercicio de una defensa colectiva de sus derechos a través de la acción de grupo, con miras a obtener la indemnización de perjuicios sufridos por los usuarios de los servicios públicos, en eventos tales como los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa porque de lo que se trata es de brindarles mayores medios jurídicos de protección y no de limitarles el ejercicio de una

acción concebida justamente para proteger a colectividades, por daños derivados de una causa común.

En otros términos, exigir la reclamación previa ante la administración como requisito de procedibilidad para instaurar la acción de grupo atenta contra el diseño dado por el legislador en consonancia con la Constitución a esta acción, que partió justamente del supuesto de la legitimación en la causa por activa en cabeza de cualquiera de los afectados, mientras que para su reclamación en sede administrativa no se ha dispuesto ello, comoquiera que esa prerrogativa sólo está en cabeza de cada afectado.

No debe perderse de vista que la acción de grupo tiene no sólo fundamento en el artículo 88 de la Constitución, sino también en el artículo 13 superior que prevé la cláusula general de igualdad y en el artículo 229 *eisudem* que prevé el también derecho fundamental de acceso a la justicia.

En efecto, quien instaura la acción de clase o grupo lo hace para reclamar el resarcimiento de perjuicios por la totalidad del grupo afectado³⁹ y por ello la Ley 472 busca, de conformidad con la Constitución, facilitar el estudio de pretensiones signadas por una misma causa. Es por ello que el diseño legislativo se perfiló, en consonancia con la Carta, para estudiar y resolver bajo una misma unidad procesal⁴⁰ estos eventos, o como ha dicho la Corte Constitucional: *“Un procedimiento así establecido apunta a garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica”*⁴¹.

Nótese que tras de este planteamiento está la tutela efectiva del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y del derecho fundamental a la igualdad (art. 13 *ibid.*), en cuanto se busca garantizar un acceso expedito e igualitario de las personas a la administración de justicia, en orden a que a través de una decisión uniforme solucione todas las controversias en las que se

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

reclame un daño que se alega proviene de una misma causa que originó perjuicios individuales para un número plural o conjunto de personas.

Así lo ha puesto de relieve la Sala con fundamento en las siguientes reflexiones:

“las acciones de clase o grupo buscan proteger derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, pueden ser también objeto de acciones individuales para el resarcimiento de cada una de ellas⁴², sobre la base de la existencia y demostración de un perjuicio causado a un número plural de personas y cuya reparación e indemnización resarcitoria se pretende obtener mediante una acción judicial conjunta de los afectados.⁴³

Igualmente es admitido sin discusión que las acciones previstas en el inciso segundo del artículo 88 Constitucional tienen por objeto garantizar la eficiencia de la justicia, al conceder la oportunidad para que en un solo proceso, se resuelva sobre varias pretensiones que tienen elementos comunes y que permiten su decisión en una misma sentencia⁴⁴. De modo que con la introducción en la Constitución de esta garantía judicial, se pretendió dotar a las personas de un mecanismo ágil, que permitiera a las mismas optar por acogerse a él o ejercer, dentro de los términos legales, las acciones individuales respectivas. De allí que el acceso a la justicia (229 C.P.) fuera una de las motivaciones tanto del constituyente como del legislador al prever y desarrollar, respectivamente, este instrumento de protección judicial de los derechos.⁴⁵. (subrayas fuera de texto original)

En síntesis, la acción de grupo fue concebida con el fin de dar satisfacción a unos objetivos muy claros, como el de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones que nacen en forma común, lo que permite la reparación de pequeñas sumas, cuya reclamación individual en sede judicial sería por ese aspecto inviable⁴⁶, como es justamente el caso *sub examine*.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C 1062 de 2000, MP Álvaro Tafur, en el mismo sentido sentencia C 215 de 1999, MP Martha SÁCHICA.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C 215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AG 948 de 2005, CP Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁶ En sentencia AG 025 de 2007, dijo la Sala: “...no obstante la naturaleza divisible de los daños subjetivos irrogados a un grupo por una misma acción u omisión o varias vulnerantes de derechos o intereses subjetivos, los cuales, en principio, podrían ser reclamados de manera individual o litisconsorcial a través de otras acciones (de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa), ese núcleo en el cual convergen todos los miembros de ese conglomerado, aunado a la conveniencia y trascendencia social de la situación en que se encuentran, imponen que deba darse una solución a través de un único proceso tendiente a repararlos, juicio concentrado que, en caso de prosperar,

La Sala reitera así el criterio esbozado en oportunidad precedente en relación con las acciones populares y que, *mutatis mutandi*, resulta perfectamente aplicable a las de clase o grupo:

“Esa protección del usuario impone una defensa a la vez individual y colectiva, con mecanismos jurídicos de protección diversos, pero no excluyentes. En otras palabras, la existencia de instrumentos legales de tutela individual de los derechos del usuario en nada impide que éste acuda a instrumentos colectivos para su defensa

(...)De manera que, tal y como lo señaló el actor popular, la existencia de mecanismos de defensa individual de los derechos subjetivos del consumidor de los servicios públicos domiciliarios⁴⁷ individualmente considerado como son, justamente, los previstos en el Capítulo VII del Título VII de la ley 142 de 1994 (arts. 152 a 159), los cuales le permiten reclamar a título personal la defensa de sus derechos a través de las peticiones, quejas y recursos, no excluye en manera alguna la procedencia de las acciones judiciales para la defensa colectiva de los derechos difusos⁴⁸, como categoría diferente⁴⁹ de los derechos individuales del consumidor, pues su titularidad radica en un colectivo debido a su carácter “supraindividual”, dando lugar a una legitimación colectiva que se otorga a un individuo como miembro de una colectividad afectada

(...)Adicionalmente, el artículo 89 Constitucional facultó al legislador para establecer “los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por (sic) la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas” (subrayas fuera de texto original), de manera que la Constitución defirió a la ley la definición de los instrumentos jurídicos necesarios para la protección de los derechos. A su vez, el artículo 369 ibídem encomienda también al Congreso la determinación de los derechos y deberes de los usuarios de servicios públicos domiciliarios así como su régimen de protección. Fue justamente con base en esta preceptiva constitucional que la ley 142 de 1994 previó todo un estatuto del usuario⁵⁰ dentro de cuyos múltiples instrumentos contiene el de la

culminará con la orden de pago de una indemnización colectiva, resultado de la suma ponderada de las indemnizaciones individuales”.

⁴⁷ Si bien las relaciones de consumo son reguladas por el Decreto 3466 de 1982, esta disposición no resulta en principio aplicable a los usuarios de servicios públicos domiciliarios dado el carácter especial de sus normas constitucionales y legales, vid. Los servicios públicos y la protección al usuario, en Revista Contexto No. 5, Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 1999, Pág. 32 a 37.

⁴⁸ Vid. Hernández Martínez, María del Pilar, Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997 y ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Tutela procesal de los consumidores, José María Bosch Editor, Primera edición, Barcelona, 1995.

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU 067 de 1993, M.P. Fabio Morón y Ciro Angarita.

defensa individual del consumidor en sede de la empresa: el derecho de petición, los recursos de reposición y apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (arts. 152 a 159)⁵¹, a la par que institucionalizó la figura del silencio administrativo positivo⁵², mecanismos todos ellos que tienen por objeto la protección individual o particular de un usuario determinado.”⁵³

De cuanto antecede se concluye que no le asiste razón al demandado cuando sostiene que si no se ha agotado previamente la “sede administrativa” de protección individual del usuario, este no puede acudir a la acción de grupo como instrumento judicial para la defensa colectiva de los derechos de los consumidores de servicios públicos.

Así es perfectamente procedente interponer la acción de grupo (así no se haya agotado la sede de defensa individual en la empresa) cuando se presenten deficiencias en la prestación de los mismos, respecto de un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, en asuntos que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato, como son los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa, con el objeto exclusivo de obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios (arts. 3 y 46 de la Ley 472).

7. Fijación del litigio en esta instancia

Habida consideración de que el actor expresamente impugnó toda la providencia de primera instancia y mostró inconformidad con toda la decisión, al solicitar que se revoque “*íntegramente la sentencia apelada*”, hay lugar a estudiar todos los asuntos planteados en el escrito de demanda.

⁵⁰ Vid. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, Tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, primera edición, 2001, Pág. 120 y ss.

⁵¹ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵² Cfr. Concepto SSPD 20011300000125 en Superintendencia de Servicios Públicos, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, Tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, primera edición, 2001, Pág. 210 y ss.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 254 de 2005, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez.

7.1 Sea lo primero precisar que la demanda se limita a reclamar los perjuicios causados por la entidad accionada exclusivamente por los siguientes conceptos:

(i) el cobro *“inconstitucional, ilegal, injusto, incausado y exorbitante, precio muy abusivo”* de: [a] *“exorbitantes, irrazonables, inequitativos, incausados, cuantiosos y, por consiguiente, inconstitucionales e ilegales honorarios profesionales”* a quienes incurran en mora en el pago del servicio, honorarios de abogados que *“superan el 100% de la obligación adeudada”*; [b] cargos por retiro por falta de pago, y [c] cargos por reconexión;

(ii) cobros con fundamento en incrementos irreales de las marcaciones realizadas;

(iii) cobros correspondientes a las suspensiones injustificadas del servicio;

(iv) el servicio es muchas veces suspendido por la empresa injustificadamente por su mala, inadecuada e ineficiente prestación, lo cual se constituye en *“fallas en la prestación del servicio”*;

(v) las tarifas por el servicio público prestado son señaladas por la empresa de manera caprichosa, sin un análisis objetivo y razonable de sus costos reales, a través del sistema de cobro conocido como *“tarifas por pulsaciones”*, que dependen del consumo, y no con el método denominado *“tarifa plana”* y

(vi) a pesar de pagarse la obligación en mora, honorarios, multas y demás cobros, el servicio no es reconectado inmediatamente.

7.2 El actor en los alegatos de primera instancia y en la apelación, agregó nuevas imputaciones para justificar la ilegalidad de algunos de los cobros, así:

(i) Que los cobros por reinstalación y reconexión son inconstitucionales en cuanto desconocen lo dispuesto por el artículo 78 C.P., referente a la participación de los usuarios en el estudio de las decisiones que les conciernen, en tanto son fijadas unilateralmente por la empresa, al efecto invocó la sentencia C 150 de 2003 de la Corte Constitucional:

“[d]e esta manera, las tarifas por reconexión y reinstalación que cobró y cobra ETB a sus usuarios, resultan abiertamente inconstitucionales en cuanto (i) fueron y son fijadas unilateral,

caprichosa y arbitrariamente por la empresa (ii) sin la participación de las organizaciones de usuarios y (iii) sin la aprobación por parte de la Comisión de Regulación de las (sic) Telecomunicaciones ni de otra entidad controladora del sector. La ETB dentro del proceso reconoció expresamente que ella era la que señalaba el quantum de tales tarifas, lo que desde el punto de vista constitucional no puede aceptarse”.

(ii) Expuso, en adición igualmente, que los intereses que puede cobrar ETB son los civiles y no los comerciales, ya que toda sanción a los usuarios debe ser lo menos gravosa posible, refirió la sentencia C 389 de 2002 de la Corte Constitucional, en la que se encontró constitucional el cobro de intereses de mora pero legales y no comerciales e inconstitucional su capitalización:

“Este solo aspecto y la prueba de que la ETB cobró a sus usuarios intereses comerciales moratorios, hace próspera la acción de grupo, al menos en lo que se refiere a los intereses cobrados y su capitalización, tema que encuentro incluido en la pretensión 1.1 de la demanda, en cuanto ella no solo se refiere a la reconexión, reinstalación y honorarios del prejurídico, sino a ‘otros cobros’, tal y como el cobro de intereses excesivos”.

Por lo tanto a su juicio, la acción debe prosperar, al menos, en lo que se refiere a los intereses cobrados y su capitalización.

Nótese que en la relación fáctica que sirvió de fundamento a la demanda y en el *petitum* mismo nada se dijo sobre estos nuevos cargos formulados por el actor en los alegatos de conclusión y que reiteró en el recurso de apelación.

El juez de la acción de grupo, eminentemente indemnizatoria, también debe respetar el **principio de consonancia o congruencia** que debe informar todo fallo judicial, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento).

En cuanto hace específicamente a la *causa petendi* estima la Sala que el fallador en sede de acciones de grupo, tiene restricciones fundadas en el respeto al debido proceso, pues no le está permitido fallar por hechos distintos a los expuestos en el escrito de demanda, puesto que ello nada menos que significa modificar *motu proprio* la conducta inicialmente acusada como trasgresora en franca violación del

derecho fundamental al debido proceso, a las garantías procesales y al equilibrio entre las partes, que en tratándose de acciones de grupo están expresamente protegidos por el artículo 5º de la Ley 472.

De modo que, en punto de la *causa petendi*, el juez de la acción de grupo también debe observar el principio de congruencia (art. 305 CPC) según el cual la sentencia debe estar en consonancia con los hechos aducidos en la demanda que impone la imparcialidad del juez. Identidad jurídica entre lo resuelto y los supuestos fácticos, impuesta por la garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.N.)⁵⁴. No debe perderse de vista que el numeral 7º del artículo 52 de la Ley 472 dentro de los requisitos de la demanda de acción de grupo exige la indicación de los hechos.

En consecuencia, la Sala no entrará a estudiar estos nuevos cargos formulados por el accionante en cuanto se apoyan en razones fácticas distintas a las que sirvieron de *causa petendi* al escrito de demanda, en franca violación del derecho de contradicción de los accionados. Es decir no se analizarán las peticiones derivadas de las siguientes acusaciones: (i) Que los cobros por reinstalación y reconexión desconocen lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución, referente a la participación de los usuarios en el estudio de las decisiones que les conciernen y (ii) Que los intereses que puede cobrar ETB son los civiles y no los comerciales moratorios.

8. Cargos por “retiro falta de pago” y cobros por reconexión

Dice textualmente el actor en su escrito de demanda que en caso de suspensión no podía ni puede efectuar a los usuarios cobro alguno distinto al del propio consumo: *“la ETB únicamente puede cobrar a los usuarios morosos en el procedimiento administrativo coactivo que le asiste en virtud a la jurisdicción coactiva que la ley le ha otorgado, son los referidos exclusivamente al costo del servicio”* (subrayas fuera de texto original).

Más adelante al abordar específicamente el denominado “cobro por reconexión” asegura que en el Estado Social de Derecho, le corresponde al Estado la oportuna y eficiente prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones *“por lo cual,*

⁵⁴ Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, Tomo I, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 57.

lo que debe interesar es el hecho de que los usuarios puedan utilizar el servicio, lo que al fin y al cabo es el objeto social de las entidades encargadas de su prestación". Y por ello, agrega, "la denominada reconexión debe ser efectuada 'gratuitamente' (...) por ser esencial a la prestación del servicio" (subraya la Sala).

Indica a continuación en el mismo escrito de demanda que esos cobros exorbitantes e incausados "son establecidos con el único y exclusivo fin de buscar a toda costa la superación de los déficit financieros que sufren las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, déficit que en la mayoría de los casos son consecuencias (sic) del despilfarro y las malas administraciones sin que en ello tengan que ver en nada los usuarios" (se destaca).

Sin embargo, en el recurso de apelación afirma que no entiende cómo el *a quo* concluye que no puede hablarse de arbitrariedad en los cobros, si en el proceso se acreditó que los cargos cobrados a los usuarios por la reconexión y reinstalación superan los costos en los cuales incurre la empresa por tales actividades, y que otros prestadores como Empresas Públicas de Medellín fijaban en \$2.900 por reconexión, en tanto que la reinstalación era gratuita. Asimismo el actor destaca en su escrito de impugnación que éste no es un tema jurídico sino simplemente fáctico: se trataba de averiguar si lo cobrado correspondía o no a los gastos realizados por la empresa, "en ningún momento la acción pretende que los 'servicios' de reinstalación y reconexión deban ser gratuitos".

A este respecto es preciso destacar que en desarrollo de lo dispuesto por la ley, la regulación y el propio contrato de condiciones uniformes los prestadores de servicios públicos domiciliarios tienen derecho a una contraprestación o precio - que suele denominarse "tarifa"- por el servicio prestado.

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 el incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la **suspensión del servicio** en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios. A su vez, el artículo 19 de la Ley 689 de 2001 que modificó la disposición en cita, señala que es causal de suspensión del servicio la falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual.

De manera que, por expresa autorización legal, las prestadoras de servicios públicos tienen la competencia para definir en el contrato de servicios públicos las condiciones para suspender el servicio en caso de no pago, dentro de los límites fijados por la ley. Por lo que a efectos de mantener la prestación del servicio los usuarios deben pagar las obligaciones causadas dentro de los términos así establecidos.

De otro lado, según los términos del artículo 141 de la Ley 142 la empresa puede dar por **resuelto o terminado el contrato**, y proceder al **corte del servicio** de acuerdo con las causales previstas en el contrato de condiciones uniformes. Esta norma establece asimismo que se presume que el atraso en el pago de tres (3) facturas y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos (2) años, es materia que afecta gravemente a la empresa y que le permite resolver el contrato y proceder al corte del servicio.

Tratándose de suspensión o de terminación en el supuesto en que las mismas fueren imputables al suscriptor o usuario, esto es en el caso de incumplimiento del pago, se **deberá pagar además los gastos de reconexión o de reinstalación** (según el caso) en los que la empresa incurra⁵⁵

En efecto, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 142 para que la empresa restablezca el servicio cuando la causa es imputable al suscriptor o usuario, éste debe eliminar la causa que ocasionó la suspensión o el corte, pagar todos los **gastos de reconexión o reinstalación** en los que la empresa incurra y satisfacer las demás sanciones, todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato.

Igualmente en los términos del artículo 96 *eiusdem*, quienes presten servicios públicos domiciliarios podrán cobrar un cargo por concepto de reconexión y reinstalación, para la recuperación de los costos en que incurran.

En tratándose del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC) el artículo 7.2.5 de la Resolución CRT 087 de 1997, vigente a la época de los

⁵⁵ Cfr. Conceptos SSPD 20021300000214 y 20031300000016 disponibles en www.superservicios.gov.co

hechos⁵⁶, dispuso que antes de la suspensión del servicio el suscriptor o usuario debe ser advertido, indicándole las posibles sanciones a que haya lugar de acuerdo con lo establecido en el contrato.

Según la misma disposición regulatoria, el restablecimiento en la prestación del servicio se hará una vez eliminada la causa que originó la suspensión y cancelados los pagos a que hubiere lugar, salvo que aquella diere lugar a la terminación unilateral del contrato por parte del operador, todo de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato.

De conformidad con el acto administrativo en comento, la **reanudación o reconexión del servicio suspendido** debe realizarse a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se haya producido la cesación de la causa imputable al usuario que originó la suspensión, so pena de perder el operador en favor del suscriptor, el **valor por reconexión**, el cual deberá abonar a la factura del período siguiente. Al efecto, las empresas operadores deben dejar constancia de la fecha en que se efectuó la reconexión.

A este respecto en interpretación por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado que cuando un usuario no cancela el valor del servicio prestado, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994, la empresa prestadora puede proceder a la suspensión o corte del servicio:

“En efecto, cuando el usuario no efectúa el pago y deviene la suspensión o corte del servicio, para que tenga derecho nuevamente a la prestación del servicio, debe proceder a eliminar la causa que dio origen a la toma de dichas medidas, vale decir, pagar todos los gastos de reinstalación o reconexión en que incurra la empresa de acuerdo a lo establecido en el contrato de condiciones uniformes tal y como lo dispone la Ley 142 de 1994 en su artículo 142.

En otras palabras, una vez efectuado lo anterior, esto es, que el usuario elimine las causas de suspensión o corte la empresa deberá proceder al restablecimiento del servicio en un plazo razonable, de lo contrario habrá falla del servicio.

La Ley 142 de 1994 dentro de los ‘otros cobros tarifarios’ de que trata el artículo 96, estableció la facultad para que quienes presten

⁵⁶ A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) de que trata la Ley 142 de 1994, se denomina Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y su nueva organización está prevista en el Decreto 2828 de 2009.

servicios públicos domiciliarios cobren un cargo por concepto de reconexión o reinstalación para la recuperación de los costos en que incurran.”⁵⁷

En el *sub lite*, la cláusula 15ª del contrato de condiciones uniformes de la ETB (copias aportadas por el demandado a fls. 96 a 97 y 156 a 159 c. 1), al señalar los eventos en los cuales hay lugar a la **suspensión del servicio**, prevé el no pago de dos períodos consecutivos de facturación.

A su turno, la cláusula 16ª establece que el **contrato será resuelto** por decisión unilateral de la ETB, entre otros, por no pago oportuno de cuatro (4) facturas consecutivas, por reincidencia por parte del suscriptor o usuario en una causal de suspensión dentro de un período de dos (2) años y por suspensión del servicio por un período superior a cuatro (4) meses, salvo que la suspensión haya sido convenida por las partes, o que ésta obedezca a causas provocadas por la ETB.

Cláusulas que corresponden a las consignadas en el contrato tipo de prestación del servicio público de TPBCL; TPBCLE, TMR o TPCLD, propuesto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y contenido en el Anexo No. 3 de la Resolución CRT 087 de 1997, por medio de la cual se reguló en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC), cuyo texto sin modificaciones estaba vigente a la época en que fue formulada esta demanda.

Conviene aclarar que obra en el expediente copia del estudio efectuado por la CRT en el que se dio concepto favorable de legalidad al texto de contrato de condiciones uniformes remitido por la ETB, según da cuenta el oficio 303788 de 20 de noviembre de 1998 (fls. 150 a 159 c. ppal.). Estudio que no versó sobre las antecitadas cláusulas [15 y 16] en tanto el mismo sólo analizó la legalidad de las modificaciones incorporadas por la entidad accionada, según se desprende del texto mismo del concepto de la oficina de regulación y políticas de competencia sobre la legalidad del contrato de condiciones uniformes de ETB S.A. E.S.P.:

“(…) Hemos recibido el texto de (sic) contrato de condiciones uniformes remitido por ETB S.A. para el concepto de legalidad que debe dar la Comisión.

Habiéndose acogido en esta oportunidad la ETB S.A. ESP al contrato tipo propuesto como anexo 03 de la Resolución CRT 087,

⁵⁷ Concepto SSPD 19991300000325 disponible en www.superservicios.gov.co

sólo resta a la CRT estudiar la legalidad de las modificaciones efectuadas [cláusulas 6ª –responsabilidad sobre instalaciones internas- y numeral 4º cláusula 8ª-imputación por deudas por otro número telefónico que aparezca a nombre de un mismo suscriptor-] (...)” (fl. 153 c. ppal.)

Igualmente, la ETB aportó con la contestación de la demanda copia auténtica del “*resultado de los estudios de costos*” realizado por la Dirección Dinamizadores de la Rentabilidad de los servicios de reinstalación y reconexión correspondientes al año 1999 (fls. 147 a 149 c. principal), documento en el que se relacionaron los insumos requeridos para efectuar dichas actividades y el valor asignado a cada una.

También se allegó al proceso con la contestación de la demanda, el memorando de 27 de noviembre de 2000 mediante el cual la Vicepresidencia Comercial presentó a la Vicepresidencia Jurídica de la empresa, “*el soporte legal y financiero para la definición de las tarifas de reconexión y reinstalación*” (fls. 160 a 163 c. principal), y en relación con este último aspecto indicó los conceptos que se tuvieron en cuenta para fijarlas, lo que generaba un costo total del servicio de reinstalación de \$63.628, y de reconexión de \$13.175⁵⁸. Ninguno de los cuales incluye costos de honorarios por cobro prejurídico.

⁵⁸ Según el oficio remitido al a quo por el Vicepresidente Jurídico de la ETB, las actividades que debía desplegar la empresa para la reconexión y la reinstalación de una línea telefónica, eran las siguientes:

Reinstalación

1. Elaboración recibo de caja	2.447,47
2. Relación de teléfonos pagados en Volpi	257,40
3. Ingreso en SAP	1.123,97
4. Recepción de recibo de caja	517,14
5. Elaboración de listados	155,14
6. Elaboración de notas contables	413,71
7. Planilla y reserva de número telefónico	648,35
8. Envío de antecedentes a archivo general	324,18
9. Recepción de planillas	436,44
10. Imprimir el listado de solicitudes a estudiar	146,15
11. Clasificar el lista de solicitudes a estudiar	292,29
12. Iniciar las planillas de control y entrega de resultados	1.461,46
13. Buscar los planos en carpeta por control	773,54
14. Ubicar la dirección en el plano	1.547,09
15. Verificar pares libres en el listón y la caja	306,42
16. Buscar el estrato	464,13
17. Transcribir las solicitudes	148,52
18. Impresión de órdenes listados	91,84
19. Clasificación de acuerdo centrales	91,84
20. Programación diaria	91,84
21. Programación y activación	1.405,99
22. Visto bueno para enviar cuadrillas de instalaciones	374,99
23. Distribución del trabajo diario	374,99
24. Traslado al predio instalador reparador	2.351,52
25. Traslado al predio ayudante instalador	1.982,60
26. Traslado al predio conductor	1.726,47
27. Trámite ante el usuario instalador reparador	2.351,52

Además, se señaló en el memorando que esas tarifas habían sido adoptadas mediante resolución 12.136 de 24 de agosto de 1999, acto que, según afirmó, fue publicado en el Diario El Espectador, el 31 de agosto de 1999, del cual aportó copia (fls. 164 c. principal).

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que no le asiste razón al actor, con arreglo al marco jurídico expuesto, cuando afirma que *“la denominada reconexión debe ser efectuada ‘gratuitamente’ (...) por ser esencial a la prestación del servicio”* y no debe serlo por cuanto esa actividad genera unos costos a la entidad, los cuales a su vez tienen como causa la mora del usuario en el pago del servicio.

Por otro lado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario no logró establecerse lo aseverado por el actor en su escrito de demanda en el sentido de que dichos cobros hayan sido establecidos por el demandado *“con el único y exclusivo fin de buscar a toda costa la superación de los déficit financieros que sufren las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, déficit que en la mayoría de los casos son consecuencias (sic) del despilfarro y las malas administraciones sin que en ello tengan que ver en nada los usuarios”*.

28. Trámite ante el usuario ayudante instalador	1.982,80
29. Prueba de red primaria instalador reparador	1.567,66
30. Prueba de red primaria	1.758,74
31. Prueba de red secundaria y tendido del Neopren instalador reparador	3.135,36
32. Prueba de red secundaria y tendido del Neopren ayudante instalador	2.643,74
33. Llamar al D.G. para solicitar corriente	763,64
34. Tendido de pase en el D.G.	1.563,77
35. Pase en el armario	783,84
36. Suscriptor prueba su línea telefónica	1.567,68
37. Recepción de órdenes de servicio	156,77
38. Actualizar Sirel las órdenes cumplidas	137,76
39. Clasificación de acuerdo a numeración	81,54
40. Revisión de listado y envío a facturación	83,75
41. Envío a facturación	17,35
42. Envío y trámite en CADM	1.316,24
43. Recepción de las órdenes	112,46
44. Verificación y conteo de las órdenes de servicio	16,74
45. Verificación contra Risch	37,49
46. Inclusión en base de datos	18,74
47. Envío a archivo	4,60
Reconexión	
1. Recepción de solicitud	324,18
2. Verificar documentos	810,44
3. Verificación de la deuda	810,44
4. Recepción de trámite en Sirel	324,18
5. Envío de antecedentes a archivo general	324,18
6. Obtención de archivos de Sirel	543,62
7. Programación por tipo de sistema	710,38
8. Ejecución por centrales	710,38

En consecuencia y teniendo en cuenta que conforme al marco jurídico expuesto no le asiste razón al actor cuando afirma que los gastos de reconexión deben ser gratuitos, la Sala encuentra que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda en este punto.

9. Los gastos por cobro prejurídico y jurídico de las facturas de los servicios públicos

La jurisdicción coactiva está prevista por el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios para las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Comoquiera que la ETB no ostenta esta naturaleza jurídica no resultan admisibles, desde este punto de vista, las apreciaciones del accionante en su escrito de demanda en el sentido que *“la ETB únicamente puede cobrar a los usuarios morosos en el procedimiento administrativo coactivo que le asiste en virtud a la jurisdicción coactiva que la ley le ha otorgado, son los referidos (sic) exclusivamente al costo del servicio”*.

Ahora, el régimen de los servicios públicos domiciliarios a nivel legal, reglamentario y regulatorio no prevé expresamente un marco jurídico relativo al cobro de honorarios por recuperación de cartera, por lo que en principio habrá de estarse a las estipulaciones del contrato y en su defecto a las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil.

No debe perderse de vista que de acuerdo con lo dispuesto por el apartado 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 el régimen tarifario en los servicios públicos domiciliarios a que esa ley se refiere⁵⁹ está orientado por el criterio de **suficiencia financiera**⁶⁰, por cuya virtud las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos de la operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento.

⁵⁹ Entre los que está la telefonía fija pública básica conmutada según se desprende de lo prescrito por el artículo 1º de la Ley 142 que señala su ámbito de aplicación.

⁶⁰ Vid. Corte Constitucional, sentencia C 150 de 2003.

De otra parte, entre los elementos de las fórmulas de tarifas las Comisiones de Regulación pueden incluir un cargo fijo, para cubrir los costos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes necesarios para que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia, con arreglo a lo prescrito por el numeral 90.2 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994.

En tratándose de suspensión del servicio por parte de la empresa que implica posteriormente la eventual reconexión del mismo, en principio, no encuentra la Sala que haya lugar a cobro de honorarios de abogado por concepto del adelantamiento de un cobro prejurídico justamente porque **la suspensión del servicio configura apremio suficiente para que el usuario pague lo adeudado** y así haya lugar a la reconexión del mismo (arts. 96 y 142 de la Ley 142 y 7.2.5 de la Resolución CRT 087 de 1997), sin que se justifique cobro alguno por concepto de abogados.

En contraste, en casos de terminación del contrato una vez cortado el servicio debe comenzarse a adelantar el cobro prejurídico con el personal de planta si fuere suficiente, pero de no ser ello posible también puede -en ejercicio de la autonomía de la voluntad- celebrar contratos de gestión del cobro de las mismas, actos que están regidos por las normas del mandato y que generan unos costos que al no haber sido incluidos en los gastos administrativos del prestador, no están incorporados en la tarifa y por tanto deberán correr a costa del usuario moroso.

Este ha sido, por demás, el criterio que ha sentado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al razonar vía concepto que:

“el cobro de honorarios de abogados sólo procede cuando la empresa ha hecho uso de la facultad contenida en el artículo 141 de la Ley 142 de 1994, esto es, cuando el prestador ha dado por terminado el contrato de servicios públicos; en el caso de simple suspensión de que trata el artículo 140 por no pago del servicio no hay lugar al cobro prejurídico, ya que justamente la suspensión del servicio es la sanción que la ley ha previsto para el usuario moroso.”⁶¹ (se subraya)

⁶¹ Concepto SSPD 232 DE 2008, disponible en www.superservicios.gov.co.

Por otra parte, no puede aducirse a favor de este cobro de honorarios de abogados en el evento de suspensión, el hecho de que una cláusula contractual podría dar a entender que ello es factible. En efecto, la cláusula 17ª del contrato de condiciones uniformes (fls. 158 a 159 c. 1) se estipula en punto de restablecimiento del servicio lo siguiente:

“Si la suspensión o corte fueron imputables al suscriptor o usuario, para el restablecimiento, éstos deberá eliminar su causa y pagar:

1. La deuda, los intereses de mora, las multas definidas en este contrato y demás conceptos que se hayan causado.
2. Los aportes por reconexión o reinstalación, según el caso.
3. Todos los gastos que demande el cobro prejudicial o judicial, en el evento de que se haya recurrido a cualquiera de estas vías” (se subraya).

La cláusula transcrita no permite una lectura como la alegada y que autorice el cobro de los gastos que demande el cobro prejudicial o judicial tanto para el evento de reconexión (suspensión) como para el de reinstalación (corte). Por el contrario, conforme al marco jurídico arriba expuesto, sólo es posible recurrir al cobro prejudicial o judicial en el evento de corte o terminación del contrato (reinstalación) y nunca en el supuesto de suspensión del mismo (reconexión).

Cuando la cláusula en cita señala que se remunerarán todos los gastos que demande el cobro prejudicial o judicial, en el evento de que se haya recurrido a cualquiera de estas vías, hay que entender –por supuesto- que a estas vías solo puede recurrirse en el evento de terminación del contrato, pues es el único evento en que el ordenamiento jurídico lo permite.

La cláusula tal y como está redacta no tiene, pues mayor dificultad en la interpretación de su genuino alcance. Pero, aún admitiendo que otro tipo de lecturas –*contra legem* por demás- fueran factibles no debe perderse de vista que ante eventuales ambigüedades (que se repite en este caso no se dan), el ordenamiento jurídico ofrece unas salidas hermenéuticas.

En primer lugar el artículo 30 de la Ley 142 dispone que las normas sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar (arts. 1 a 13 *eiusdem*, que prevén –entre otros- algunos de los derechos de los usuarios y la función social de la propiedad de los prestadores que impone la obligación de asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y sin abuso de posición dominante), en la forma que mejor garantice la libre

competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

De otro lado, conforme al artículo 1624 del Código Civil, aplicable al contrato de servicios públicos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 de la Ley 142 de 1994, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Interpretación contra el estipulante que viene de la máxima romana: “*Verba dubia... interpretentur contra proferentem in favorem alterius partis [indubio contra proferentum]*” (el juzgador debe interpretar la duda contra el estipulante), la cual como advierte la doctrina extranjera refiriéndose justamente al contrato de servicio básico telefónico y que se extiende para interpretar los contratos de adhesión en general: “*tiende a la justicia integral del contrato*”⁶².

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que tratándose de interpretación de contratos de adhesión, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella a partir de la aplicación del criterio de equidad “*principio éste que sirve de pilar a las reglas contenidas en los artículos 1618 y 1624 del Código Civil*”⁶³.

Por otra parte, es hoy verdad averiguada que los contratos predispuestos en relaciones de consumo (y el de servicios públicos domiciliarios lo es conforme lo dispone el artículo 129 de la Ley 142 de 1994) deben interpretarse a favor de la parte débil de la relación jurídica, en este caso el suscriptor o usuario, fórmula *favor débiles* como lo denomina un sector de la doctrina argentina⁶⁴.

Ahora, en el caso *sub lite* la E.T.B. afirmó que no hace cobros de honorarios en procesos de reconexión, al responder a la prueba de oficio decretada en esta instancia mediante auto de 19 de agosto de 2009, donde se le ordenó informar “*la*

⁶² Christello, Martín Alejandro y Alegre Gustavo Alberto, Contrato de servicio básico telefónico, en López Cabana, Roberto M. Coordinador, Contratos especiales en el siglo XXI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 225.

⁶³ C.S.J, CAS. CIVIL, Sent. mayo 8/74.

⁶⁴ Christello y Alegre *op. cit.* p. 225.

cifra exacta, discriminada año por año, que ha venido cobrando por concepto de honorarios profesionales de abogado a sus abonados dentro de procesos de reconexión del servicio, entre 1998 y la fecha de este auto” (fls. 720 y 721 c. ppal.). Según el accionado sólo en caso de reinstalación se cobra honorarios de cobro prejurídico a sus usuarios, lo cual ocurre “pues [en este evento] ya se ha realizado una gestión de cobranza por parte del contratista”⁶⁵ (fls. 744 c. ppal.) y no en los procesos de reconexión “en la medida que durante esta etapa se realiza una cobranza administrativa que es realizada directamente por la ETB” (fls. 745 y 746 c. ppal., negrillas originales)⁶⁶

A pesar de que ETB afirma tajantemente que no ha cobrado honorarios profesionales de abogado a sus abonados dentro del proceso de reconexión del servicio, en el expediente quedó acreditado que en el año 2000 a los usuarios que fueron objeto de reconexión también les fue cobrado el concepto de honorarios de abogado por cobro prejurídico.

En efecto, a fls. 24, 29 y 35 del c. 1 obran comprobantes de pago por concepto de honorarios (“gestor cobranza”) por valor de \$30.000,00, cada uno.

En un primer recibo de consignación (fl. 24 c.1) se lee: número de referencia 2169163, comprobante universal de recaudo de la Corporación AV Villas, consignado el 19 de abril de 2000 por valor de \$30.000,00 y otro recibo por el

⁶⁵ “[e]n los procesos de reconexión del servicio, la ETB no cobra honorarios a usuarios o clientes. Durante esta etapa se realiza un cobro que es atendido directamente por funcionarios administrativos de la ETB y no tiene ningún valor para el usuario.

(...) La mora en el pago de las facturas de servicios públicos conduce a que la ETB interrumpa la prestación del servicio, bajo las modalidades de suspensión y retiro por falta de pago.

La suspensión del servicio se realiza cuando el cliente tiene dos facturas vencidas, es decir al presentarse un tercer mes consecutivo de prestación del servicio, sin pago, de acuerdo con el contrato de condiciones uniformes.

Si el cliente cancela la obligación en mora, luego de que se le haya suspendido el servicio, se procede a la reconexión del servicio y en este evento no se le hace ningún cargo por cobro prejurídico. En este evento lo que se realiza es una cobranza administrativa que no se carga al cliente, sino que es asumida por la ETB.

Ahora bien, si luego de suspendido el servicio, con cuatro facturas vencidas o más, el cliente **NO** realiza el pago, se procede al retiro del servicio por falta de pago. A partir de este momento la cuenta ingresa a cobro prejurídico que es realizado por un tercero contratista de la ETB y se causan honorarios por este concepto en el evento en que el usuario realice el pago de lo adeudado por la gestión de recuperación de cartera.

El restablecimiento del servicio en este caso se denomina reinstalación no reconexión. Sólo en este caso (reinstalación) se causan honorarios de cobro prejurídico, pues ya se ha realizado una gestión de cobranza por parte del contratista.” (fl. 744 c. ppal., subrayas y negrillas originales).

⁶⁶ En ese mismo oficio el accionado insistió en que “la ETB no realiza propiamente una gestión de cobro prejurídico en los procesos de reconexión del servicio” (fl. 746 c. ppal.), al responder la pregunta de la Sala en el sentido de que informase “en qué consiste la actuación adelantada por cobro prejurídico en procesos de reconexión del servicio y qué conceptos involucra [a] efecto, deberá precisar qué actuaciones adelanta VOLPI y Cía. Ltda. (...), con objeto de adelantar el recaudo de cartera morosa”.

valor adeudado por el abonado, en este último aparece impreso no solo el logro de la institución bancaria, sino también el de la ETB y en la margen inferior izquierda aparece preimpreso “Contrato no. 98704008-Recaudo cartera mora-Volpi Ltda.- y en letras rojas y mayúsculas: “ESTE PAGO NO SE PUEDE RECIBIR SIN QUE SE REALICE EL PAGO DE LOS GASTOS DE COBRANZA” (fl. 25 c.1).

Anexo se encuentra una suerte de relación de la gestión adelantada por el “gestor 54” de VOLPI-Centro de cobro jurídico de la ETB expedido en la misma fecha a fl. 26 del abonado Elvira Sánchez de Sánchez y del duplicado de la factura 571999102169163 en la que aparece dentro de los conceptos objeto de cobro “Reconexión” a fl. 22.

También obra otro comprobante de consignación, también con un sello “gestor cobranza”, identificado con el número de referencia 6365779-4, comprobante universal de recaudo del banco AV Villas (con las mismas especificaciones arriba anotadas), consignado el 28 de enero de 2000, por el mismo valor (\$30.000,00), documento acompañado de otro recibo por el valor adeudado por el abonado, en este último aparece impreso no solo el logo de la institución bancaria, sino también el de la ETB y en la margen inferior izquierda aparece preimpreso “Contrato no. 98704008-Recaudo cartera mora-Volpi Ltda.- y en letras rojas y mayúsculas: “ESTE PAGO NO SE PUEDE RECIBIR SIN QUE SE REALICE EL PAGO DE LOS GASTOS DE COBRANZA” (fl. 30 c.1).

Adjunto hay un documento emitido por VOLPI donde relaciona los pagos hechos por el abonado (fl. 31 c. 1) y una nota del usuario del teléfono 6365779 -que corresponde al mismo referido en el citado oficio del Centro de cobro jurídico de la ETB- en el que anuncia los respectivos pagos y la remisión de los documentos que lo acreditan y donde indica “[e]speramos su pronta colaboración para la reconexión de esta línea” (fl. 32 c. 1)

Igualmente obra en el plenario el comprobante de recaudo número de referencia 340750340, comprobante universal de recaudo del banco AV Villas, consignado el 4 de mayo de 2000, por el mismo valor y también con el sello “Gestor cobranza” y escrito a mano se indica en una casilla “Honorarios”(fl. 35 c.1), acompañado del recibo de consignación por lo adeudado por el abonado, en este último aparece impreso no solo el logro de la institución bancaria, sino también el de la ETB y en la margen inferior izquierda aparece preimpreso “Contrato no. 98704008-Recaudo

cartera mora-Volpi Ltda.- y en letras rojas y mayúsculas: “ESTE PAGO NO SE PUEDE RECIBIR SIN QUE SE REALICE EL PAGO DE LOS GASTOS DE COBRANZA” (fl. 36 c.1). Anexo se encuentra copia de la factura de la ETB del teléfono 34007503 (el mismo número de los dos recibos de consignación) en la que aparece dentro de los conceptos objeto de cobro “Reconexión”, “saldo de dos meses” a fl. 37, c.1.

Información que -adicionalmente- se encuentra relacionada en el “*cuadro resumen de las personas que integran la parte actora y del material probatorio*” que fue anexado a sus alegatos de conclusión por la ETB y en el que el accionado da cuenta de que en los eventos indicados se hizo cobro por “concepto” de “honorarios prejurídico” en procesos de “reconexión” (fls. 455 a 462 c. 2).

De manera que está acreditado en el plenario que en el año 2000 el proceso de reconexión no sólo iba acompañado del cobro de \$30.000,00 a favor del “gestor de cobranza” (en los casos reseñados VOLPI), sino que no se tenía por pagado lo adeudado por el abonado si no acreditaba el pago de los honorarios del cobro prejurídico, como se desprende de la leyenda que en letras rojas y mayúsculas aparece en todos los recibos de consignación referidos: “ESTE PAGO NO SE PUEDE RECIBIR SIN QUE SE REALICE EL PAGO DE LOS GASTOS DE COBRANZA” (resalta la Sala).

En definitiva, a pesar de que en los gastos de reconexión no se incluía suma alguna por concepto de honorarios cobro prejurídico, a los usuarios sí se les cobraba por ese concepto, conforme lo revelan los documentos analizados, sin que se haya justificado o demostrado que la entidad incurriera en tales gastos para lograr la reconexión, es decir el cobro no tiene una causa real.

Es importante no perder de vista que el de servicios públicos es un contrato – como ya se expuso- de adhesión cuyas estipulaciones, incluso las no escritas, aplica la empresa “de manera uniforme” en la prestación del servicio. Contrato que bien puede tipificarse en los que hoy se denominan “contratos estándar” propios de una economía de masa que busca la fácil circulación de bienes y servicios⁶⁷. Por ello según la doctrina en este tipo de contratos una de las partes impone ‘la ley del contrato’ a la otra.

⁶⁷ Cfr. Concepto 22009074985-004 del 26 de noviembre de 2009 de la Superintendencia Financiera de Colombia, disponible en <http://www.superfinanciera.gov.co/>

De ahí que como en relaciones de consumo, y las que median entre los prestadores de servicios públicos y el usuario final evidentemente lo son, las reglas se aplican uniformemente, es evidente que la situación antes descrita y que está debidamente acreditada, también se predica de todos aquellos usuarios que sin haber comparecido a este proceso, se encuentran en la misma situación de los accionantes, vale decir, a los que se les adelantaron procesos de reconexión.

Ahora, en punto a establecer la causa en la acción de grupo no debe perderse de vista la exigencia de que la misma sea común al grupo. En otros términos: para determinar si se ha producido o no el fenómeno de la caducidad debe precisarse previamente cuál es la causa que origina el daño cuya indemnización se solicita, y previo a este análisis, definir cuáles son los hechos que se imputan al o a los demandados para determinar si los mismos constituyen o no causas comunes al grupo.

En el estudio de la causa común el aspecto de hecho es relevante, pero también lo es el fundamento de derecho aplicable a la situación fáctica en la que se encuentra el grupo respecto del orden jurídico⁶⁸ y cuando los hechos que se señalan como causa del daño son plurales, los mismos deben estar ligados de tal forma que legalmente sean uno mismo, para lo cual debe tenerse en cuenta que las diferencias particulares son irrelevantes, siempre que se mantenga la unidad frente al núcleo de la controversia. A este respecto señala la doctrina:

“Bajo la óptica del derecho procesal civil es posible asociar el concepto de ‘origen común’, al de la ‘causa de pedir’. Las causas para solicitar de cada derecho individual deben ser, sino exactamente las mismas, por los menos similares a punto de ser indiferentes, para la decisión judicial, las peculiaridades de cada caso en particular.

(...) el origen común no significa, necesariamente una ‘unidad de hecho temporal’, es decir, no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos individuales. Lo fundamental...es que sean situaciones ‘jurídicamente iguales’, aunque sean hechos diferentes en el plano empírico.

⁶⁸ Por eso, con acierto la doctrina extranjera afirma que, “[l]a existencia de la cuestión común en un determinado contexto dependerá exclusivamente de la peculiaridad de la situación de hecho y de la disciplina que el derecho material le de a la materia. Si la norma reguladora de la controversia colectiva atribuye a distintas situaciones fácticas individuales consecuencias jurídicas distintas, no existirá cuestión común congregando a todos los miembros en un único grupo homogéneo. Sin embargo, si para el derecho las diferencias entre las distintas situaciones individuales fueren irrelevantes, el requisito estará presente” Gidi, Antonio, La tutela Derechos Difusos, colectivos e individuales homogéneos”, Editorial Porrúa, 2004. p. 5.

Obviamente, la ley no exige que las situaciones individuales de todos los miembros del grupo sean exactamente iguales o que todas las cuestiones de hecho o de derecho levantadas en el proceso sean comunes a todos. Es suficiente que la diversidad natural entre las innumerables situaciones particulares no perjudique la existencia de un núcleo de controversia que sea común en el grupo. Es este núcleo lo que es 'la cuestión común juzgada en la acción colectiva'.⁶⁹

En síntesis, el requisito de procedibilidad de la existencia de la causa común en las acciones de grupo se cumple cuando el hecho o los hechos atribuibles al demandado, concomitantes o sucesivos en el tiempo y en el espacio⁷⁰, constituyan el origen de los perjuicios que se demandan, todo lo cual tiene lugar en el *sub lite* justamente porque los cobros irregulares por concepto de honorarios de abogados en procesos de reconexión derivan de la decisión de la prestadora accionada de realizar este cobro ilegal, sólo que en este evento únicamente se acreditó que estos tuvieron lugar en un año, o lo que es igual, no se demostró que antes o después ello haya tenido lugar.

Acreditado como queda el daño antijurídico, la causa común y su imputación a la entidad accionada la Sala accederá a esta pretensión, pero únicamente en relación con los cobros realizados en el año 2000, toda vez que solamente quedó establecido en este proceso que en dicho año tuvo lugar ese cobro y correspondía al actor demostrar que en las otras anualidades esta circunstancia anómala también se presentó, hipótesis que no aparece acreditada en el plenario. La liquidación se hará más adelante con arreglo a las peculiares reglas de la Ley 472.

10. Las otras pretensiones formuladas en la demanda

⁶⁹ Gidi, *op. cit.* pp. 36 y 37.

⁷⁰ Gidi, Antonio, en "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil", Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, Pág. 62, se refiere a esa exigencia así: "Origen común" no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el 'origen común' de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo. En el caso de la contaminación de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por otra o en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios".

En cuanto hace a las demás pretensiones: (i) cobros con fundamento en incrementos ilegales de las marcaciones realizadas (consumos no realizados); (ii) cobros correspondientes a las suspensiones injustificadas del servicio; (iii) el servicio es muchas ocasiones es suspendido por la empresa injustificadamente por su mala, inadecuada e ineficiente prestación, lo cual se constituye en *“fallas en la prestación del servicio”*; (iv) mala, inadecuada e ineficiente prestación del servicio y (v) a pesar de pagarse la obligación en mora, honorarios, multas y demás cobros, el servicio no es reconectado inmediatamente, no hay lugar a acceder a las mismas, pues –como señaló el *a quo*- estas no aparecen acreditadas en el plenario. Igual consideración se predica de los perjuicios morales alegados en la demanda, que tampoco fueron probados en este proceso.

Respecto de la imputación consistente en que las tarifas son señaladas por la empresa de manera caprichosa, sin un análisis objetivo y razonable de sus costos reales, a través del sistema de cobro conocido como *“tarifas por pulsaciones (sic)”*, que dependen del consumo, y no con el método denominado *“tarifa plana”*, la Sala no accederá a esta pretensión por dos razones:

i) A la época de los hechos era factible desde el punto de vista regulario el sistema de medición por “impulsos” al que al parecer alude el demandante y

ii) En cuanto a la prestación del servicio de TPBCL la ETB -por disposición de la CRT y en atención a la participación dominante de este operador en su mercado relevante- debe ofrecer un plan tarifario básico que se somete al régimen de libertad regulada, lo cual impide la fijación “arbitraria” de las tarifas que endilga el demandante (arts. 73.20 y 88.2 de la Ley 142 y Resolución CRT 253 art. 1º que modificó el título V de la Resolución CRT 087 de 1997).

11. Indemnización por perjuicios materiales

Todo usuario al que se le haya cobrado en el año 2000 por concepto de honorarios de abogado al reconectársele el servicio luego de una suspensión del mismo, tiene derecho a que se le reembolse dicha suma, en tanto ello supuso un daño antijurídico que no tenía por qué soportar.

Ahora, habida cuenta de que en las acciones de grupo no está prevista la posibilidad de una condena en abstracto, lo cual sin embargo no puede impedir la realización del derecho material cuya vulneración quedó evidenciada en el proceso, la Sala establecerá solamente el valor de las indemnizaciones individuales sin determinar el monto exacto de la indemnización colectiva.

Con el fin de determinar la suma ponderada, este valor debería ser multiplicado por el número total de usuarios que se presenten ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes a la publicación de esta sentencia, en tanto en el año 2000 se les haya adelantado proceso de reconexión y se les haya realizado el cobro jurídico por tal concepto.

Sin embargo, en el plenario no pudo establecerse el número total de abonados que se vieron afectados con el cobro por concepto de honorarios de abogado por la reconexión del servicio de telefonía.

En efecto, se acreditó, a través del memorando fechado el 14 de marzo de 2006 dirigido a esta Corporación por la demandada en respuesta a la prueba de oficio decretada (fls. 586 a 588 c. ppal.), que el número de usuarios del servicio de telefonía básica conmutada a los que se les adelantó en el año 2000 el proceso de reconexión del servicio, fue 669.126. Sin embargo, la falta de colaboración en la práctica de la prueba, por parte de la accionada no permitió establecer con certeza si dicho cobro se predicó de todos y cada uno de esos usuarios.

En consecuencia el valor total de la indemnización colectiva no es posible ser determinado. Por lo mismo no es posible señalar la suma exacta que debe ser depositada por la Empresa de Teléfonos de Bogotá a favor del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Será éste quien, con fundamento en el número de reclamaciones idóneas que presenten dentro del plazo fijado en el numeral 4º del artículo 65 de la Ley 472, sumará cada una de estas peticiones para establecer la suma que deberá consignar la entidad accionada en el término de 10 días siguientes al vencimiento del plazo antes referido.

A la anterior falta de determinación de un factor objetivo para proceder a establecer en este fallo la suma ponderada total de las indemnizaciones

individuales, conviene agregar que la Sala no podría hacer un estimativo hipotético a partir de proyecciones sobre los eventuales usuarios afectados con la medida. De hacerlo, se correría el riesgo de poner en peligro la misma continuidad del servicio público de telefonía básica conmutada, ya que podría establecerse un número tal de usuarios, que terminase siendo una cifra elevada que tendría que ponerse a disposición del Fondo, sin tener certeza de si a la postre se presentarían a reclamar todos los que hipotéticamente se pudiesen llegar a establecer.

En otros términos, el juez de la acción de grupo no puede tomar una medida desproporcionada e irrazonable que, por proteger hipotéticamente a un número no determinado con certeza de usuarios, pudiera llegar a poner en riesgo -dado el número significativo de abonados con que cuenta este operador- la continuidad del servicio.

La ponderación impone, pues, en garantía misma de la prestación continua y eficiente de los derechos colectivos de todos los consumidores de este servicio, deferir al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos la determinación de la suma total que deberá consignar la entidad accionada.

Para determinar el monto de la indemnización que se les deberá cancelar a los usuarios, la Sala tomará el valor de \$30.000,00 que es el que aparece en la prueba documental acopiada como suma pagada por cobro prejurídico. Cifra que se actualizará a la fecha de esta sentencia, en aplicación del mandato contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p: Valor presente de la prestación

V_h: capital o suma que se actualiza: \$30.000

Índice final: a la fecha de esta sentencia: 102.00

Índice inicial: a la fecha de presentación de la demanda: 61.41

$$Vp = \$30.000 \frac{106.83}{61.41}$$

$$Vp. = \$52.188,56$$

El reconocimiento de indemnización se hará a todo aquel que presente la prueba documental sobre la cancelación de honorarios de abogado en procesos de reconexión del servicio.

El Defensor del Pueblo, como administrador de dicho Fondo deberá cancelar las indemnizaciones correspondientes a quienes se presenten dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 y en los términos antes referidos.

12. Costas

En relación con la condena en costas, el numeral 5 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda deberá disponer la liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

Para su liquidación se tendrá en cuenta que la demanda prosperó parcialmente, por el perjuicio material y que los demandantes iniciales costearon el valor de las publicaciones. Estas se liquidarán por secretaría.

13. Honorarios de abogado

Adicionalmente, se fija como honorarios, a favor del abogado que ha representado al grupo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 65 de la ley 472 de 1998 el 10% de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 18 de noviembre de 2003, la cual quedará así:

Primero. DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, E.T.B. S.A. E.S.P. por los perjuicios causados a los abonados que en el año 2000 por el cobro, dentro del proceso de reconexión del servicio de T.P.B.C., de los honorarios de abogado por concepto de cobro prejurídico y jurídico.

Segundo. CONDÉNASE a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, E.T.B. S.A. E.S.P. a pagar, a título de indemnización por el perjuicio material, la suma ponderada equivalente a \$52.188,56 (cincuenta y dos mil ciento ochenta y ocho pesos, con cincuenta y seis centavos, para el pago de las indemnizaciones individuales en los términos señalados en la parte motiva. El valor total ponderado será liquidado por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en los términos señalados en la parte considerativa.

Tercero. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. ORDÉNASE la publicación de la parte resolutive de esta sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a la notificación del auto que profiera el tribunal de instancia en el que se ordene obedecer lo dispuesto por ésta, con la prevención de que trata el numeral 4 del artículo 61 de la Ley 472 de 1998.

Quinto. Por secretaría liquídense las costas.

Sexto. A favor del abogado JOSÉ GUILLERMO ROA SARMIENTO, quien ha representando a los accionantes, se fija como honorarios el diez por ciento (10%) de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE CUMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH