

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Ref: EXP. No. 110013334004201600376-01

Demandante: UNO A DATASERVICIOS S.A.S.

**Demandado: MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

SENTENCIA DE APELACIÓN

SISTEMA ORAL

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 15 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. D.C., por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda.

La demanda

La sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante el C.P.A.C.A.), pidió la nulidad de los siguientes actos (Fls. 1 a 9 c.1).

Resolución No. 571 del 15 de abril de 2015 “Por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa y se impone una sanción a UNO A DATASERVICIOS S.A.S”, expedida por la Directora de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fls. 49 a 55 c.1).

Resolución No. 2733 del 13 de noviembre de 2015 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por UNO A DATASERVICIOS S.A.S., contra la Resolución No. 571 del 15 de abril de 2015”, expedida por la Directora de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fls. 57 a 65 c.1).

Resolución No. 2386 del 23 de noviembre de 2016 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No. 002478 del 19 de octubre de 2015”, expedida por el Viceministro General del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Fls.67 a 80 c.1).

Como consecuencia de lo anterior, pidió que a título de restablecimiento del derecho se declare que UNO A DATASERVICIOS S.A.S., no es sujeto de sanción por parte de la entidad demandada.

Finalmente, solicitó que se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos

La parte demandante fundamentó su demanda en los siguientes. La sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., actuó como intermediario de mensajería expresa, según licencia otorgada mediante la Resolución No. 409 de 2010, expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, MinTic). Dicha entidad impuso sanción a la demandante mediante la Resolución No. 571 del 15 de abril de 2015 por incumplimientos consistentes en no haber aportado la correspondiente póliza de responsabilidad civil extracontractual, de transporte de mercancías y de cumplimiento de disposiciones legales; y por no haber pagado al MinTic las contraprestaciones de los trimestres 2, 3 y 4 de 2011 y 1 de 2012 (artículos 24, 90 y 41 del Decreto 229 de 1995).

No obstante haberse pronunciado sobre el particular en el escrito de descargos y haber interpuesto los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, el MinTic confirmó su actuación mediante las resoluciones Nos. 2733 del 13 de noviembre de 2015 y 739 del 3 de mayo de 2016.

La demandante señaló como normas vulneradas las siguientes.

Constitución Política, artículos 29 y 83

En apoyo de sus pretensiones, la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación.

(i) Violación de los derechos al debido proceso y de defensa

La demandada aplicó normas que se encuentran derogadas y que violan flagrantemente los derechos de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S.

Afirmó que al no aplicar la Ley 1369 de 2009 a la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., por tratarse de un Intermediario de Servicios Postales, se incurrió por parte de la accionada en un vicio de falsa motivación de los actos demandados y en un enriquecimiento sin causa legal.

(ii) Violación al principio de buena fé

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, desconoció que UNO A DATASERVICIOS ha actuado de buena fé, en el cumplimiento de sus obligaciones como intermediario de tráfico postal y le ha endilgado a la demandante obligaciones e impuesto sanciones que se encuentran derogadas. Con lo anterior, se desvirtúa la confianza mutua y la credibilidad en la palabra del otro (sic).

(iii) Vigencia de la norma que sirve de soporte y fundamento de los actos demandados

Para la fecha de la expedición de los actos administrativos había sido derogado expresamente el Decreto 229 de 1995 por la Ley 1369 de 2009.

La Ley 1369 de 2009, que establece el régimen de los servicios postales, dispone lo siguiente: *“Artículo 50. Derogatorias. La presente Ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en particular el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, artículo 3 de la Ley 46 de 1904, el Decreto 229 de 1995 y el Decreto 275 de 2000.”*

De acuerdo con lo anterior, no hay razón para que el MinTic insista en su pretensión ilegal de aplicar el mencionado decreto, violando con ello los derechos fundamentales de UNO A DATASERVICIOS S.A.S. Resulta mentiroso (sic) el argumento del MinTic según el cual es aplicable dicha norma, toda vez que la habilitación de la demandante se produjo al amparo de la norma derogada y, por ello, no hay lugar a reconocerle efectos retroactivos a la Ley 1369 de 2009.

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 15 de febrero de 2019, negó las súplicas de la demanda bajo las siguientes consideraciones (Fls. 346 a 351 c.1.).

El Decreto 229 de 1995, al reglamentar el servicio postal con respecto al sector de la mensajería especializada, determinó que las personas naturales o jurídicas que soliciten al MinTic el otorgamiento de una licencia para prestar dicho servicio, debían obtener previamente una póliza de seguros o una ga-

rantía bancaria de mínimo 300 SMLMV para amparar la admisión, transporte y entrega de los envíos, junto con los daños y perjuicios que pidieran tener sus usuarios; de igual manera, los concesionarios del servicio postal de mensajería especializada debían pagar al Fondo de Comunicaciones del MinTic una suma por el otorgamiento de la licencia y un porcentaje trimestral por el uso de las licencias.

Así mismo, la norma estableció que los licenciatarios de servicios postales de mensajería especializada nacional, o en conexión con el exterior, indemnizaran a sus usuarios ante la avería, expoliación o pérdida de sus envíos; finalmente, determinó que la vigilancia de los licenciatarios del servicio postal recaía en el MinTic.

Posteriormente, se emitió la Ley 1369 del 30 de diciembre de 2009 con la cual se modificó el régimen sobre los servicios postales. Aun cuando en esta legislación se conservó la obligación para el operador postal consistente en efectuar una contraprestación periódica y el de indemnizar a los usuarios en caso de pérdida, expoliación o avería de los objetos postales, las personas jurídicas podían ser licenciatarias, siempre que demostraran un capital mínimo, definieran las características del servicio a prestar y pagaran la correspondiente habilitación. Es decir, que con la nueva legislación no es necesario constituir una póliza de seguros o una garantía bancaria para amparar la prestación del servicio de mensajería especializada.

En el presente caso, el 12 de octubre de 2009 la empresa UNO A DATASERVICIOS S.A.S. solicitó una licencia para prestar al público el servicio postal de mensajería especializada a nivel nacional y en conexión con el exterior.

El MinTic emitió la Resolución No. 409 del 1 de abril de 2010 otorgando a la sociedad en cuestión la habilitación solicitada luego de verificar el cumplimiento de los requisitos. En dicho acto, se señaló de manera explícita que la

habilitación se regiría por las disposiciones contenidas en el Decreto 229 de 1995.

Una vez notificada la Resolución No. 409 del 1 de abril de 2010, el representante legal de la sociedad no interpuso recurso en contra de la misma; en tal sentido, aceptó que las disposiciones contenidas en el Decreto 229 de 1995 regularan la licencia para la prestación del servicio de mensajería especializada.

De otro lado, UNO A DATASERVICIOS S.A.S., no se acogió al régimen transitorio contenido en la Ley 1369 de 2009, como lo permitía el artículo 26 de esa normativa.

Así mismo, en la actuación administrativa que adelantó el MinTic contra la demandante, se pudo establecer que aquella no realizó en lo correspondiente a los trimestres 2, 3 y 4 de 2011 y el trimestre 1 de 2012 los pagos respectivos al Fondo de Comunicaciones del MinTic, con ocasión del otorgamiento y uso de la licencia de servicios postales, que se encuentran previstos en el artículo 24 del Decreto 229 de 1995.

El MinTic, a lo largo de la actuación, logró establecer que UNO A DATASERVICIOS S.A.S., entre el 12 de abril de 2010 y el 13 de mayo de 2013, prestó servicios de mensajería sin constituir ni mantener las garantías previstas en el literal e), numeral 1, del artículo 17 del Decreto 229 de 1995.

En conclusión, a pesar de que la demandante solicitó de manera voluntaria al MinTic, que otorgara una licencia para prestar al público un servicio de mensajería, no cumplió con varias de las condiciones establecidas en la Resolución No. 409 del 12 de abril de 2010 al momento en el que se expidió la licencia respectiva como operador.

El recurso de apelación

La sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., interpuso recurso de apelación mediante escrito radicado el 27 de febrero de 2019 (Fls.355 a 362 c.1.).

Los argumentos correspondientes serán expuestos, más adelante, al momento de analizar las razones esgrimidas contra la sentencia de primera instancia.

Actuación procesal surtida en esta instancia

Mediante auto del 10 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación (Fl.4 c. apelación.).

Mediante proveído de 24 de julio de 2019, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión y, vencido este, al Ministerio Público para que emitiera su concepto. (Fl.8 c. apelación.).

Alegatos de conclusión

En escrito radicado el 5 de agosto de 2019, la apoderada del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, presentó sus alegatos de conclusión (Fl.10 a 11 c. apelación.).

Por su parte, la apoderada de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., mediante memorial radicado el 8 de agosto de 2019, presentó sus alegatos de conclusión, en el sentido de reiterar los argumentos del recurso de apelación (Fls. 12 a 19 c. apelación).

Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público, no rindió concepto.

Consideraciones de la Sala

Problema jurídico planteado

Consiste en determinar si hay lugar a revocar la decisión adoptada el 15 de febrero de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a los términos planteados por la apelante.

Fijación del litigio

La Sala procederá a estudiar si con la expedición de los actos demandados, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTic), vulneró el principio de favorabilidad de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., al no haber tenido en cuenta la Ley 1369 de 2009 en la actuación administrativa, sino el Decreto 229 de 1995.

Análisis de los argumentos formulados contra la sentencia de primera instancia.

Argumentos de la apelante

Revisado el escrito de apelación, se observa que se trae nuevamente el contenido de la demanda.

En lo que atañe a los motivos de inconformidad con respecto a la sentencia de primera instancia, señaló lo siguiente:

“si bien es cierto que no se manifesto (sic)por parte de mi prohijada que se acogia (sic) al artículo 46 transitorio por el Despacho, esto no hace nugatoria la aplicacion del PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD invocado por mi poderdante a lo largo del proceso administrativo y ahora judicial, así como la ULTRACTIVIDAD de la norma, con lo cual se viola flagrantemente el derecho de mi prohijada a recibir un trato justo y proporcionado con la actividad desplegada por esta.”.

Análisis de la Sala

Consistirá en resolver si el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, debía desarrollar la actuacion administrativa sancionatoria en contra de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., aplicando la Ley 1369 de 2009, por resultar más favorable a la demandante, a pesar de no haberse acogido al régimen transitorio contenido en el artículo 46 de la mencionada ley.

Revisado el expediente, se destacan los siguientes medios de prueba.

Mediante la Resolución No. 409 del 12 de abril de 2010 *“Por la cual se expide una licencia para la prestación del Servicio de Mensajería Expresa”*, proferida por el Ministro (e) de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se le otorgó a la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., una licencia para prestar al público el servicio postal de mensajeria especializada a nivel nacional y en conexión con el exterior.

En la resolución mencionada, se destaca lo siguiente.

“La Ley 153 de 1887 en su artículo 40 reza: Las leyes concernientes a la sustanciacion y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anterio-

res desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

La Sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S. NIT 900.311.184-6, presentó su solicitud el 2 de octubre de 2009, por tanto para estos efectos se regirá por la normatividad anterior.”.

La licencia fue otorgada por el término de cinco (5) años, el cual podría ser prorrogado por una sola vez, previa solicitud. De otro lado, se impuso la obligación a UNO A DATASERVICIOS S.A.S., consistente en pagar al Fondo de Comunicaciones, de conformidad con el Decreto 229 de 1995, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el otorgamiento de la licencia; y el 4% de los ingresos brutos de explotación, por el uso de la licencia.

A folio 110 del expediente, obra constancia de notificación personal, al representante legal de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., de la Resolución No. 409 del 12 de abril de 2010.

Mediante Auto No. 0245 del 18 de marzo de 2014, la Directora de Vigilancia y Control del MinTic, ordenó abrir una investigación formal y elevar el correspondiente pliego de cargos en contra de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S.

Los cargos fueron los siguientes: *“presunta comisión de la infracción descrita en el artículo 41 del Decreto 229 de 1995”* y *“presunta comisión de la infracción descrita en el artículo 40 del Decreto 229 de 1995”*, por no constituir pólizas de seguro que garanticen la admisión, transporte y entrega de los objetos postales, así como los daños y perjuicios a que puedan tener derecho los usuarios del servicio, de que trata el literal e), numeral 1, del artículo 17 del

Decreto 229 de 1995; y porque el prestador del servicio no pagó al MinTic la contraprestación correspondiente a los trimestres 2, 3 y 4 de 2011 y 1 de 2012.(Fls. 244 a 246).

Con respecto a la solicitud anterior, la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., presentó sus descargos el 22 de mayo de 2013 (Fls. 255 a 256).

Mediante Resolución No. 571 del 15 de abril de 2015 *“por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa y se impone una sanción a UNO A DATASERVICIOS S.A.S.”*, se impuso a la demandante una sanción consistente en la multa por ciento ochenta (180) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al encontrar probados los cargos que se formularon (Fls. 260 a 264).

Contra la resolución anterior, la sociedad UNO A DATASERVICIOS interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones Nos. 2733 del 13 de noviembre de 2015 y 739 del 3 de mayo de 2016, en el sentido de confirmar, en todas sus partes, la resolución sancionatoria (Fls. 16 a 28 y 57 a 65).

Con base en los medios de prueba relacionados, se observa que la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., fue sancionada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por haber incurrido en dos infracciones relacionadas en los artículos 40 y 41 del Decreto 229 de 1995, pues se probó que había efectuado el pago de las contraprestaciones de manera extemporánea, por un lado; y, por el otro, que no se constituyeron las pólizas de garantía correspondientes por la falla del servicio postal.

De otro lado, una lectura de la Resolución No. 0739 del 3 de mayo de 2016, permite advertir que la parte actora, en su recurso, argumentó un conflicto de leyes en el tiempo; sin embargo, este aspecto fue resuelto por el MinTic en el

sentido de indicar que como la habilitación se consolidó por virtud del Decreto 229 de 1995, y los incumplimientos que se presentaron se derivaron de la habilitación otorgada con base en dicha norma, no había lugar a conferir efectos retroactivos a la Ley 1369 de 2009.

Ese mismo argumento, es decir, el conflicto de leyes, además del principio de favorabilidad, constituyó el fundamento del recurso de apelación en la presente causa, que fue interpuesto en contra de la sentencia proferida en primera instancia.

Con respecto al principio de la favorabilidad, resulta pertinente citar la sentencia de 4 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, en la que se expone¹:

“

5.3.1.2. Unificación del criterio jurisprudencial.

La anterior reseña de la evolución jurisprudencial pone en evidencia que hay dos posiciones distintas y enfrentadas sobre la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, razón por la cual se hace necesario que la Sección Primera unifique su jurisprudencia en torno a este tema.

Para el efecto tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

a.- **La Constitución Política en su artículo 29 consagra como derecho fundamental el debido proceso y prevé que éste “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. señalando, además, una serie de garantías y principios mediante los cuales dicho derecho se materializa, entre los que se encuentran el principio de legalidad de la falta y de la sanción, el principio de favorabilidad de la ley posterior**, el principio de publicidad, **el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba**, la presunción de inocencia, el principio de la doble instancia, el principio de *non bis in idem*, y la prohibición de la *reformatio in pejus*.

b.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha señalado que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, está instituido en la Carta Política como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como un contrapeso al poder del Estado, en particular al *derecho de sanción o ius puniendi* -reconocido a éste para reprimir las conductas consideradas contrarias a Derecho-, al someter las actuaciones judiciales y administrativas a los

¹ Sentencia de 4 de agosto de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 05001-23-33-000-2013-00701-01, Consejero Ponente, Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA.

² Sentencias C-980 de 2010, C-331 de 2012 y C-034 de 2014, entre otras.

procedimientos y requisitos previamente establecidos en la legislación, bajo el amparo del principio de legalidad.

En consideración a lo anterior, dicha corporación ha definido este derecho como “*el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*”³.

c.- En el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración -modalidad de *ius puniendi* estatal- también deben operar las reglas propias del debido proceso.

En efecto, el Constituyente hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de modo tal que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias, aunque en algunas situaciones particulares tal aplicación deba hacerse con ciertos matices, por tratarse de la protección de bienes jurídicos diferentes, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴.

Ciertamente, aunque las dos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, la potestad sancionatoria penal del Estado es distinta a la potestad sancionatoria administrativa: La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto, tiene una finalidad principalmente retributiva -eventualmente correctiva o resocializadora- y se ocupa de manera prevalente de conductas que implican un alto grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos, por lo que puede dar lugar a sanciones tan severas como la privación de la libertad⁵. La potestad sancionatoria administrativa, por su parte, busca garantizar primordialmente los principios constitucionales que gobiernan la función pública y cumplir los cometidos estatales, y para ello emplea sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones y mandatos preestablecidos, aunque no implica sanciones tan severas como la privación de la libertad, siendo la multa la sanción prototípica del derecho administrativo sancionatorio.

Estas diferencias suponen que exista en determinados aspectos del derecho administrativo sancionatorio una aplicación menos estricta de las reglas del debido proceso penal. Esa aplicación menos severa de las garantías del debido proceso se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucio-

³ Sentencia C-980 de 2010.

⁴ Entre otras muchas, ver la Sentencias C-948 de 2002, C-769 de 2009, C-742 de 2010, C-713 de 2012, C-083 de 2015, C-699 de 2015 y C-135 de 2016.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2010.

nal sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionatoria, o sobre los principios de presunción de inocencia y culpabilidad⁶.

En la jurisprudencia contencioso administrativa también se ha aceptado una aplicación más flexible del principio de reserva de ley en materia de tipificación de faltas administrativas, v.gr. en materia de servicios públicos domiciliarios o en asuntos de tránsito automotor⁷.

Sin embargo, tal realidad no implica en modo alguno que en las actuaciones administrativas sancionatorias seguidas por la Administración no se apliquen las *garantías mínimas del debido proceso*, pues éste es un imperativo constitucional exigible en todos aquellos escenarios en que los ciudadanos puedan verse afectados por las actuaciones de las autoridades públicas, sean éstas judiciales o administrativas⁸. Por lo tanto, por regla general las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería

⁶ En la citada Sentencia C-742 de 2010, la Corte Constitucional precisó al respecto: “La Corte ha precisado que el principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionatorio solamente exige la existencia de una norma con fuerza material de ley que contenga una descripción genérica de las conductas sancionables, sus tipos y las cuantías máximas de las sanciones, norma cuyo desarrollo puede ser remitido a actos administrativos expedidos por la administración; es decir, no se requiere que cada conducta sancionable esté tipificada de manera detallada en una norma de rango legal, como sí lo exige el derecho penal. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, por otra parte, no demanda una descripción pormenorizada de las conductas sancionables; permite recurrir a la prohibición, la advertencia y el deber, es decir, a descripciones más generales de las conductas sancionables. [...] Los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, de aplicación ineludible en el derecho penal, también adquieren otros matices en el derecho administrativo sancionatorio. [...] Como una manifestación de la atenuación de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, la jurisprudencia constitucional también ha avalado, de manera excepcional y en atención a las características de casos específicos, la existencia de regímenes”.

Ejemplo de la aplicación de este criterio lo constituye la Sentencia C-564 de 2000, en la que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991 (Por medio del cual se establece el Régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Control de Cambios), norma que prevé que “[l]as personas naturales y jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionados con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta del 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada”, y que “[l]a multa se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción”, al considerar que “*la fórmula según la cual “[el] que infrinja el régimen de cambios”, sin señalar en qué consisten estas violaciones, por sí misma no puede considerarse contraria al principio de legalidad, específicamente en cuanto a la precisión en la descripción del hecho que genera la sanción, por cuanto si bien en la misma norma en que se establece la sanción, no se señala concretamente la conducta objeto de ésta, puede remitirse a otras en las se puedan describir estas conductas o hechos, preceptos que se convierten, entonces, en el fundamento de la sanción y que permiten determinar su contenido*”.

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias de 28 de agosto de 2014 (Expediente núm. 25000 232400020080036901) y 18 de septiembre de 2014 (Expediente núm. 11001-0324-000-2013-00092-00), ambas con ponencia del Consejero de Estado, Guillermo Vargas Ayala.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 083 de 2015.

por ejemplo en tratándose del derecho administrativo cambiario en el que se consagró un régimen de responsabilidad objetiva⁹.

d.- Ahora bien, la Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero¹⁰ y disciplinario¹¹), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

e.- Entre las citadas garantías mínimas que integran el debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. La Corte Constitucional se refirió al concepto y alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria e hizo las siguientes consideraciones que, *mutatis mutandi*, son aplicables también respecto de otras manifestaciones del derecho punitivo estatal:

“En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa” (art. 29, C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.

[...]

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, **la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.**

⁹ Los artículos 24 y 30 del Decreto 1092 de 1996 “Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN” prevén, respectivamente, que “[l]as pruebas se valorarán en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el Régimen de Cambios”, y que “[e]n todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”.

¹⁰ Decreto 2685 de 1999: “Artículo 520. Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se haya mencionado en la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero.”

¹¹ Ley 734 de 2002 “Artículo 14. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.”

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: “...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal” (Sentencia C-619 de 2001)¹² (Negrillas ajenas al texto original)

Así mismo, la Corte Constitucional al abordar el tema de la favorabilidad desde la perspectiva del principio de legalidad precisó que “[como] la potestad sancionadora de la administración no es ajena a los principios que rigen el debido proceso en materia penal, concretamente a la exigencia de que una ley previa deberá determinar con claridad y precisión tanto la infracción como la pena que habrá de imponerse a quienes incurran en ella, es dable concluir que abolida una falta tienen que desaparecer los efectos sancionatorios que la misma estuviere produciendo”¹³. (Destacado por la Sala).

De la sentencia transcrita se desprende:

- (i) El derecho al debido proceso se materializa en los principios de legalidad de la falta y la sanción y de favorabilidad de la ley posterior, publicidad, derecho de defensa y, especialmente, en los derechos

¹² Sentencia C-181 de 2002.

¹³ Sentencia T-1087 de 2005.

de contradicción y de controversia de la prueba, entre otros.

- (i) Entre las citadas garantías mínimas que integran el derecho al debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos.
- (ii) Por regla general las garantías del derecho al debido proceso son aplicables al derecho administrativo sancionador pero con una intensidad distinta respecto de la aplicación que de las mismas ocurre en el derecho penal, lo cual se explica por el hecho de que las consecuencias son distintas.

En el caso concreto, la parte recurrente señala en su escrito de apelación que *“si bien es cierto que no se manifestó (sic) por parte de mi prohijada que se acogía (sic) al artículo 46 transitorio por el Despacho, esto no hace nugatoria la aplicación (sic) del PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD invocado por mi poderdante a lo largo del proceso administrativo y ahora judicial, así como la ULTRACTIVIDAD de la norma, con lo cual se viola flagrantemente el derecho de mi prohijada a recibir un trato justo y proporcionado con la actividad desplegada por esta.”*

Lo primero que advierte la Sala es que la recurrente no especifica en qué sentido debió de haberse aplicado por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el principio de favorabilidad; de otro lado, no es cierto que dentro de la actuación administrativa se haya invocado la aplicación del mencionado principio por parte de la hoy demandante; si bien, en el escrito del recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, interpuesto en contra de la resolución sancionatoria, se mencionó un *“conflicto de leyes en el tiempo”*, dicha idea no se desarrolló, como para entender que se estaba refiriendo a la aplicación del principio de favorabilidad.

De otro lado, no es aceptable el argumento expuesto por la parte actora, según el cual, a pesar de no haberse acogido a lo dispuesto por el artículo 46 transitorio de la Ley 1369 de 2009, debía darse aplicación al principio de favorabilidad; lo anterior, por cuanto se trata de materias de naturaleza diferente como se explica.

El artículo 46, en cita, se refiere al término de seis (6) meses dentro del cual las empresas que prestan servicios postales a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1369 de 2009, que hubieren decidido acogerse a los términos de la misma, debían adecuarse al cumplimiento de los requisitos en ella previstos.

Sin embargo, esta circunstancia no se aplica a la demandante en el presente caso, pues no hay prueba de que hubiere obrado en tal sentido (el de acogerse al régimen de transición) y, por ello, mal podría venir a invocar en su favor los efectos de la norma transitoria, si no cumplió con los presupuestos legales para ello.

Por su parte, el principio de favorabilidad, que la parte actora pretende que se le reconozca, es aplicable en materia de actuaciones sancionatorias. En tal sentido, verbigracia, si la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., se hubiese acogido a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1369 de 2009, entonces hubiese tenido seis (6) meses para adecuar su servicio a los nuevos términos legales.

No obstante, dicha circunstancia no influiría, si se tiene en cuenta que los hechos por los cuales fue investigada sucedieron en vigencia del Decreto 229 de 1995.

En este sentido, si bien la licencia de habilitación tiene como fecha de aprobación la del 12 de abril de 2010, es decir, es posterior a la fecha de entrada

en vigencia de la Ley 1369 de 2009, lo cierto es que la solicitud de la misma, se realizó en octubre de 2009, cuando estaba vigente el Decreto 229 de 1995.

Así quedó establecido en la Resolución No. 409 del 12 de abril de 2010, acto notificado al representante legal de la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., que no fue impugnado; sin embargo, contrariando la conducta procesal desplegada, ahora la demandante reclama la aplicación de la Ley 1369 de 2009.

En conclusión, la Sala encuentra ajustada a derecho la actuación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, consistente en haber abierto investigación administrativa por infracciones cometidas a los artículos 40 y 41 del Decreto 229 de 1995 y haber sancionado conforme a tal norma. Por su parte, la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S. no puede alegar el desconocimiento de sus obligaciones como operador de mensajería especializada, con la entrada en vigencia de una norma que no se aplica a su permiso de habilitación.

Las consideraciones anteriores permiten confirmar, en su integridad, la sentencia apelada.

Condena en costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público y su liquidación y ejecución se regirán por los artículos 365 y 366 del C.G.P.:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

El artículo 365 del Código de General del Proceso, dispone en su numeral 3, que: “3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.”.

Por lo anterior, se condenará en costas a la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., y se ordenará adelantar el trámite correspondiente, por Secretaría, en armonía con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. – CONFÍRMASE la sentencia de 15 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., contra el MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.

SEGUNDO.- Condénase en costas a la sociedad UNO A DATASERVICIOS S.A.S., las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia, en los términos del artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en la Sala de la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado