

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Ref: EXP. No. 110013334001201700261-01
Demandante: EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
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 de 29 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. D.C., mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

La demanda

La sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., 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 (C.P.A.C.A.), pidió la nulidad de los siguientes actos (Fls. 1 a 30 c.1).

Resolución No. 31824 de 26 de mayo de 2016 “Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden”, expedida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 54 a 59 c.1).

Resolución No. 49491 del 29 de julio de 2016 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación”, expedida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 45 a 53 c.1).

Resolución No. 32647 de 7 de junio de 2017 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación”, expedida por la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 34 a 42 c.1).

Como consecuencia de lo anterior, pidió que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada que reembolse a LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. lo pagado como consecuencia de la sanción impuesta, esto es, la suma de \$82.734.600, debidamente indexada a la fecha de hacer efectiva la devolución de lo pagado.

Hechos

La parte demandante fundamentó su demanda en los siguientes.

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), mediante la Resolución No. 94047 del 30 de noviembre de 2015, inició investigación y formuló cargos en contra de la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (en adelante ETB S.A. E.S.P.), con ocasión de la denuncia presentada por la señora Leidy Lorena Gamboa Aroca, por la presunta falta de atención a la petición CUN-4347-150003441852 del 3 de septiembre de 2015.

Una vez la ETB S.A. ESP presentó sus descargos, la SIC, mediante la Resolución No. 31824 del 26 de mayo de 2016, le impuso una multa, correspondiente a la suma de \$82.734.600, equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Contra la decisión anterior, la sociedad demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación; el primero fue resuelto en la Resolución No. 49491 del 29 de julio de 2016, en el sentido de confirmar lo inicialmente decidido, y el segundo se desató mediante la Resolución No. 32647 del 7 de junio de 2017, también confirmando lo resuelto.

La demandante señaló como normas vulneradas las siguientes.

Constitución Política, artículos 29, 83 y 209

Ley 1437 de 2011, artículos 3, 10,34, 37, 47

Ley 1341 de 2009, artículos 53, 54, 64, 65 y 66

Ley 1755 de 2015, artículo 18

Resolución CRC 3066 de 2011, artículos 49 y 50

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

(i) violación del derecho al debido proceso

La apoderada de la parte demandante, sostiene que los actos acusados vulneran el artículo 29 de la Constitución Política, por las siguientes razones.

i) Omisión de la investigación preliminar

Trajo a colación el contenido del artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en dicho código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales.

Posteriormente, señaló que el artículo 47 del C.P.A.C.A., dispone que las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria, podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona; de igual manera, cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que hay mérito para adelantar un procedimiento sancionatorio.

Por lo anterior, la SIC, ante la queja presentada por la usuaria, tenía el deber legal de agotar las averiguaciones preliminares, ya que esta tiene como finalidad establecer si existe mérito para adelantar un procedimiento sancionatorio.

ii) Indebida formulación del pliego de cargos

La imputación jurídica que la SIC realizó a la ETB S.A. ESP, fue la siguiente: *“Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho evidencia que la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES BOGOTÁ S.A. E.S.P., con la conducta antes descrita, presuntamente estaría transgrediendo lo establecido en los artículos 54 y numeral 12 del 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.”*

En consideración de la apoderada de la parte demandante, la imputación jurídica realizada por la SIC no es clara, concreta ni mucho menos precisa, pues pretende integrar las normas de los artículos 54 de la Ley 1341 de 2009 y los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, con el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, desconociendo que con respecto a dicho numeral, la SIC no tiene competencia para imponer sanciones, pues de conformidad con el artículo 63 de la norma que se comenta, tal competencia recae en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las comunicaciones.

(ii) violación del principio de tipicidad-legalidad y del derecho de defensa por indebida formulación de cargos, al no haberse indicado con claridad la norma infringida.

La SIC, mediante Resolución No, 94047 del 30 de noviembre de 2015, inició investigación administrativa mediante formulación de cargos, en razón a la queja presentada por la señora “Leisy” Lorena Gamboa Aroca.

La imputación fáctica determinada fue: *“presunta no atención oportuna ni adecuada de la PQR presentada el 3 de septiembre de 2015 bajo CUN 43-15000344186, por cuanto dentro de la documentación allegada no se encuentra que i) la respuesta haya sido emitida dentro del término de 15 días hábiles concedido por la ley, ii) haya sido consecuente con la*

pretensión, ni que iii) haya sido notificada en debida forma.”.

En el presente caso, la SIC desconoció que el pliego de cargos, como manifestación del principio acusatorio, constituye una pieza fundamental y autónoma en el procedimiento administrativo sancionatorio, mediante la cual la administración debió concretar a la investigada los hechos que en su criterio fueron transgresores de la normativa, indicando, igualmente, las disposiciones presuntamente infringidas y las sanciones correspondientes, aspectos que fueron soslayados por parte de la SIC.

Además, al observar la resolución sancionatoria No. 31824 del 26 de mayo de 2016, se evidencia que la SIC al referirse al marco jurídico de la investigación administrativa, precisó *“la presente investigación administrativa está orientada a establecer si se configuraron los supuestos de hecho previstos en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009”*, por lo tanto la imputación jurídica fue modificada en el acto sancionatorio.

Sostiene que la nueva proposición jurídica, sustento de la imposición de la sanción, *per se*, no tiene una consecuencia jurídica o infracción. Si bien contiene en sus supuestos de hecho, los eventos en los cuales proceden los recursos de reposición y de apelación frente a los actos de los proveedores de servicios de comunicaciones y la ocurrencia del silencio administrativo positivo por la falta de resolución oportuna del recurso, nada dice con respecto a las consecuencias por el incumplimiento de dicha disposición; en tal caso, concluye que la SIC impuso una sanción sin haber indicado claramente cuál fue la infracción cometida, omisión que implicó una falta de delimitación clara del comportamiento prohibido y, en consecuencia, la infracción de los principios de tipicidad, legalidad y los derechos a la defensa y, de contera, al debido proceso, pues no determinó debidamente la normativa supuestamente vulnerada.

(iii) violación del principio de tipicidad por indebida imputación fáctica.

La SIC, en la formulación del pliego, argumentó *“que el 19 de noviembre de*

2015 la señora Leidy Lorena Gamboa Aroca, en adelante la usuaria denunció que el proveedor de servicios de comunicaciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. no atendió la PQR presentada el 3 de septiembre, radicada bajo CUN 4347-150003441862.”.

Al respecto, la ETB S.A. ESP, señaló que la petición presentada por la usuaria obtuvo respuesta oportuna, en razón a que el vencimiento de la misma era el 24 de septiembre de 2015 y se emitió el 16 de septiembre de la misma anualidad, es decir, dentro de los quince (15) días que señala la norma.

Con respecto al plan, la ETB le informó a la usuaria que la línea telefónica y el servicio de banda ancha que se le facturó corresponde al estrato 3. Precisa que las tarifas que se brindan al momento de la solicitud de los servicios, se ingresan con base en la información de estrato suministrada por el cliente, pero la tarifa definitiva es la que corresponde al estrato real fijado por la Secretaría de Planeación.

Con relación al cobro de intereses y cargos básicos durante la reclamación, la ETB le informó a la usuaria que de acuerdo con la normativa vigente, la presentación de peticiones, quejas y reclamos relacionados con la facturación del servicio, está sujeta al pago, antes del vencimiento de la fecha de pago oportuno prevista en la factura, de las sumas que no sean objeto de reclamación, de lo contrario el peticionario deberá proceder al pago del monto total de la misma.

Por último, se dio favorabilidad a la usuaria por lo siguiente: i) se realizó el retiro del servicio el 20 de noviembre de 2015; ii) en cuanto al cobro de la cláusula de permanencia, este valor no fue generado en los sistemas de información; iii) en cuanto al cobro de los cargos básicos por \$49.000, se le informó que realizada la liquidación, la ETB S.A. ESP generó ajustes por un valor mayor. Por lo que, validado el sistema, el saldo es de \$0.

En cuanto a la notificación, el acto administrativo fue enviado a la dirección consignada por la usuaria en el derecho de petición.

(iv) infracción de las normas en que debía fundarse el acto, desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1755 de 2015

Dentro del proceso administrativo sancionatorio, la señora Leidy Lorena Gamboa Aroca, en calidad del titular del servicio de la línea telefónica allegó un documento de desistimiento de la denuncia, sin embargo, la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la SIC no se pronunció frente a tal desistimiento, pasando por alto el artículo 18 de la Ley 1755 de 2015. Lo que indudablemente debió haber llevado a la revocatoria del acto sancionatorio y al consecuente cierre y archivo de la investigación administrativa.

Es cierto que el artículo 18 de la Ley 1755 de 2015, dispone que, pese al desistimiento de la petición, se puede continuar de oficio con la actuación administrativa, si la autoridad administrativa lo considera necesario por razones de interés público, pero en tal caso, se hace necesario justificar tal decisión, circunstancia que no ocurrió, pues la SIC no se manifestó con respecto al desistimiento.

(v) desconocimiento en la aplicación del precedente el artículo 10 del C.P.A.C.A., y de la confianza legítima, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política

Sostiene la apoderada de la parte demandante que la SIC no admitió el desistimiento presentado por la usuaria y cambió, de esa manera, la postura que se venía aplicando a los casos similares, que era el archivo de la investigación.

(vi) inobservancia de los criterios legales para la definición de la sanción

La Ley 1341 de 2009, estableció en el artículo 66 los criterios para definir las sanciones, a saber, la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta

y la sanción. La misma norma, dispone que en todo caso el acto administrativo que imponga una sanción, deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.

De acuerdo con lo anterior, el legislador exige al operador administrativo o a la autoridad administrativa con facultades sancionatorias, valorar todos los criterios taxativamente señalados en la norma, con el fin de determinar la sanción por imponer.

En el presente caso, la SIC desconoció lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 por cuanto i) no valoró los criterios allí definidos; ii) no se explicó la valoración de todos y cada uno de ellos, que por mandato legal debió realizar, omisión que, de plano, genera un vicio de nulidad por indebida imputación y, de contera, falsa imputación.

(vii) desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción

La SIC desconoció los criterios de dosimetría de la sanción, e impuso una sanción equivalente a 32 S.M.L.M.V., sin motivar tal monto. Ahora bien, es verdad que la graduación de la sanción, le fue atribuida por la ley a la autoridad administrativa y que ello obedece a una facultad discrecional, pero no es absoluta y, por ello, la SIC tenía el deber de motivar la decisión e indicar por qué la sanción por imponer fue una multa y no otra y por qué se llegó de manera exacta a esa cifra.

No obstante, en los actos acusados, no se observa el análisis de los criterios de la dosimetría.

La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 29 de marzo de 2019, negó las súplicas de la demanda, bajo las siguientes consideraciones (Fls. 178 a 192 c.1.).

Las actuaciones administrativas que adelantó la SIC no podían realizarse conforme a lo dispuesto en el C.P.A.C.A. Su ejercicio punitivo se encontraba encauzado por norma especial, la Ley de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones. La circunstancia consistente en no comunicar la actuación preliminar, no puede ser vista como una vulneración del derecho al debido proceso, ya que la Ley 1341 de 2009 no impone dicha obligación al investigador.

El artículo 63 de la Ley 1341 de 2009, otorga al MinTic competencia para adelantar procedimientos sancionatorios por la infracción de las normas contenidas en tal ley, pero la misma es general y residual, pues se supedita a que no se haya asignado dicha facultad a otra entidad pública; lo que en el presente caso ocurre, ya que por disposición del Decreto Nacional 4886 de 2011 se concedió a la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la SIC, una serie de competencias sobre esta materia, como son las de tramitar y decidir las investigaciones en contra de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, por presuntas infracciones al régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

De la lectura del acto de imputación y del sancionatorio, se advierte que no es razonable, aducir, por parte de la demandante, que no se cumplió con la debida adecuación típica por la circunstancia de no mencionar, expresamente, en la Resolución No. 31824 del 26 de mayo de 2016, que el artículo 64, numeral 12, establece una infracción por omisión de las obligaciones del régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones.

En efecto, durante toda la actuación administrativa la infracción consistió en omitir la obligación de resolver sobre las controversias en materia de facturación de servicios y culminar el vínculo contractual, conforme a los artículos 49 y 50 de la Ley 1341 de 2009; en este sentido, la investigada se encontraba plenamente informada sobre la conducta que se le endilgó y, por lo mismo, contaba con los elementos suficientes para ejercer la debida defensa material y la contradicción del caso.

No es acertado el planteamiento consistente en que la SIC no tuvo en cuenta que el quejoso retiró la denuncia interpuesta, pues está comprobado que el desistimiento de la queja se radicó con posterioridad a la interposición de los recursos de reposición y de apelación, es decir, por fuera del término contemplado para proponer nuevos fundamentos a la administración.

Entonces, no es aceptable que se impute a la SIC una infracción del artículo 18 del C.P.A.C.A., por no tener en cuenta un desistimiento, cuando ya había una decisión de fondo, o por no motivar las razones por las cuales continuaba, de oficio, el trámite administrativo, pues el desistimiento fue posterior a la decisión del recurso de reposición, y no pudo enterarse del mismo con la interposición del recurso.

Sobre la violación del principio de legalidad, la indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción y el desconocimiento del principio de proporcionalidad, se aprecia que en la Resolución No. 31824 del 2 de mayo de 2016, por medio de la cual se impuso una sanción pecuniaria a la ETB S.A. E.S.P., consistente en una multa de 120 SMLMV, se realizó una exposición de la conducta infractora, consistente en no comunicar debidamente la respuesta de la petición a la usuaria, con lo cual se incurrió en la transgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y de los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

En dicho acto administrativo se realizó una descripción de los hechos, de los supuestos contenidos en las normas de protección al consumidor y de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones; se ponderó el criterio de la sanción, denominado gravedad de la conducta, contra la actuación de la ETB, que se resume en no resolver las solicitudes de corrección de la facturación y de cancelación del contrato, artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

Así mismo, estimó que el daño ocasionado por la conducta endilgada por la ETB comportaba, también, una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, señalado en el artículo 29 de la Constitución Política, por lo que la calificación de la conducta merecía una mayor represión.

Finalmente, hubo una motivación suficiente en la dosificación de la sanción de los actos administrativos demandados, ya que se realizó un estudio sobre la culpabilidad en la conducta de la investigada, se señalaron los valores normativos infringidos y, por lo tanto, se respetó el principio de proporcionalidad y la dosificación de la sanción, tal como lo alega la parte demandada.

El recurso de apelación

La sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2019 (Fls. 198 a 211 c.1.).

Los argumentos respectivos serán expuestos, más adelante, al momento de resolver sobre las razones esgrimidas contra la sentencia de primera instancia.

Actuación procesal surtida en esta instancia

A través de auto de 15 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación (Fl. 4 c.2.).

Mediante proveído de 30 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.2.).

Alegatos de conclusión

La sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. presentó sus alegatos de conclusión en escrito radicado el 20 de

agosto de 2020, en el que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (Fls. 10 a 18 c.2.).

La Superintendencia de Industria y Comercio, presentó sus alegatos de conclusión en escrito radicado el 20 de agosto de 2020, en el que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (Fls. 19 a 40 c.2.).

Concepto del Ministerio Público

El Agente de Ministerio Público no rindió concepto.

Consideraciones de la Sala

Problema jurídico planteado

Consiste en determinar si hay lugar a revocar la decisión adoptada el 29 de marzo de 2019 por el Juzgado Primero 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, al expedir el acto sancionatorio, 1) vulneró el principio de tipicidad; 2) vulneró el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, por no tener en cuenta el desistimiento presentado por la usuaria; y 3) infringió los criterios previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Análisis de los argumentos formulados contra la sentencia de primera instancia

Argumentos de la apelante

(i) **Violación del derecho al debido proceso, a los principios de tipicidad y legalidad, por desconocimiento de la presunción de inocencia**

La SIC inició la investigación administrativa mediante la formulación de cargos, endilgando la siguiente imputación fáctica y jurídica.

La imputación fáctica determinada fue: *“presunta no atención oportuna ni adecuada de la PQR presentada el 3 de septiembre de 2015 bajo CUN 43-15000344186, por cuanto dentro de la documentación allegada no se encuentra que i) la respuesta haya sido emitida dentro del término de 15 días hábiles concedido por la ley, ii) haya sido consecuente con la pretensión, ni que iii) haya sido notificada en debida forma.”*

La imputación jurídica que la SIC realizó a la ETB S.A. ESP, fue la siguiente: *“Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho evidencia que la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES BOGOTÁ S.A. E.S.P., con la conducta antes descrita, presuntamente estaría transgrediendo lo establecido en los artículos 54 y numeral 12 del 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.”*

A partir de lo anterior, no puede alegarse que a la SIC, en ejercicio de la facultad sancionatoria, le sea permitido el desconocimiento o inaplicación del principio de tipicidad, y no puede sustraerse por dos razones: 1. La aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política; y 2. La aplicación del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso, la SIC desconoció que el pliego de cargos, como manifestación del principio acusatorio, constituye una pieza fundamental y autónoma en el procedimiento administrativo sancionatorio, mediante la cual la administración debió concretar a la investigada los hechos que en su sentir fueron transgresores de la normativa, indicando, igualmente, las disposiciones presuntamente infringidas y las sanciones correspondientes, aspectos que fueron soslayados por parte de la SIC.

De otro lado, afirmó que del principio de tipicidad se desprenden varias sub reglas y en particular y concreto la de *lex certa*, que consiste en que cuando se imputa responsabilidad en el pliego de cargos o se impone una sanción, la autoridad debe: i) hacer una apreciación real de los supuestos fácticos; ii) calificar los hechos jurídicamente, a través de un trabajo de adecuación en el que se demuestre que el comportamiento adelantado se enmarca en aquello que se encuentra previsto en la norma; y iii) realizar una apreciación conjunta de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que resulten indispensables para llegar a una decisión ajustada a derecho.

Sin embargo, la SIC, desde el inicio de la actuación, y, posteriormente, al imponer la resolución sancionatoria no cumplió a cabalidad con la exigencia de la *lex certa*, específicamente con el deber de tipicidad que recae sobre esa autoridad. De igual manera, al imponer la sanción, la SIC no tuvo en cuenta el principio de presunción de inocencia.

Precisa que el hecho de que la SIC no haya valorado el documento que contenía el desistimiento de la petición, tuvo consecuencias en la imputación fáctica endilgada mediante pliego de cargos y condujo a una ruptura con el principio de presunción de inocencia, al que tiene derecho la ETB S.A. E.S.P.,

Concluye que i) en contraste con lo interpretado por la SIC, la pretensión solicitada en el derecho de petición fue cumplida de manera integral, tal y como lo señaló la misma denunciante al recular su propia queja; ii) la SIC no tuvo en cuenta la manifestación de desistimiento efectuada por la denunciante.

(ii) Infracción a las normas en que debía fundarse el acto: desconocimiento del artículo 18 del C.P.A.C.A.

Dentro del proceso administrativo sancionatorio, antes de proferir la resolución sancionatoria del **26 de mayo de 2016**, “*la usuaria del servicio de suscripción de telefonía, allegó al expediente administrativo un documento de desistimiento del 6 de septiembre de 2016.*”

No obstante, la SIC profirió la Resolución No. 31824 del 26 de mayo de 2016, argumentando entre otras cosas “ (...) *se concluye que el objetivo de esta entidad es velar por la observancia de las disposiciones de protección al consumidor de los servicios de comunicaciones, cuya integridad está a cargo del Estado en cabeza de esta entidad conforme a lo preceptuado en el Decreto 4886 de 2011*”.

Lo que pretendió hacer la SIC, fue justificar la continuación de la investigación administrativa en motivos de interés público, sin motivar con argumentos la razón por la cual continuó con el proceso administrativo.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, no puede pasar por alto el escrito de desistimiento que conllevaría a la revocatoria de los actos demandados y a la declaración de la nulidad y restablecimiento del derecho, endilgado en la demanda.

Finalmente, al verificar el valor de la decisión sancionatoria se observa que la demandada desconoció el precedente administrativo que se encuentra establecido en el artículo 10 del C.P.A.C.A., contrastado con los principios buena fe y confianza legítima, que se encuentran en el artículo 83 superior, pues la SIC cambió la posición de proceder al archivo de la investigación, como sucedió con varios expedientes.

(iii) Desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción y vulneración de los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009

El artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, establece el catálogo de sanciones con el que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, para apoyar su función de inspección, control y vigilancia, de acuerdo con la naturaleza y gravedad de la falta y el comportamiento del infractor.

El artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 contempla los criterios a tener en cuenta para imponer las sanciones, tratándose de investigaciones administrativas, a saber, la gravedad de la falta, el daño producido, la

reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Sin embargo, en el presente caso, de manera caprichosa la SIC impuso la multa por 120 S.M.L.M.V., pero no hizo alusión a ninguno de los factores objetivos para su graduación.

Análisis de la Sala

En síntesis, la recurrente cuestiona tres aspectos: i) vulneración del principio de tipicidad; ii) desconocimiento del artículo 18 del C.P.A.C.A; y iii) la graduación de la sanción.

(i) Con respecto al primer aspecto, es preciso señalar que en la Resolución No.94047 del 30 de noviembre de 2015, por medio de la cual se abrió la investigación administrativa, se realizó la formulación de cargos a la E T B S.A. E.S.P. en los siguientes términos.

“Que analizada la conducta descrita y de conformidad con las facultades administrativas otorgadas a esta Superintendencia de Industria y Comercio por la Ley 1341 de 2009 y el artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, se inicia investigación mediante formulación de cargos así:

8.1 Imputación fáctica: Presunta no atención oportuna ni adecuada de la PQQ, presentada el 3 de septiembre de 2015, radicada bajo CUN 4347150003441862, por cuanto dentro de la documentación allegada no se encuentra que i) la respuesta haya sido emitida dentro del término de 15 días hábiles concedidos por la ley; ii) la respuesta haya sido consecuente con la(s) pretensión (s) de la PQR; iii) ni haya sido notificada en debida forma.

8.2 Imputación Jurídica: Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho evidencia que la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., con la conducta antes descrita presuntamente estaría transgrediendo lo establecido en los artículos 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011”

Posteriormente, al revisar la Resolución No. 31824 del 16 de mayo de 2016 “*por la cual se impone una sanción y se imparte una orden*”, se estableció lo siguiente (Fls. 54 a 59 C.1).

“Así las cosas y colorario de lo expuesto, es que la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. no esgrimió justificación alguna con fundamento en la cual pudiera exonerarse de responsabilidad por la falta de respuesta oportuna, de fondo y adecuada a la petición enunciada

en el considerando primera del presente acto administrativo, incumpliendo con ello lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011”

De la lectura de las dos resoluciones mencionadas, resulta claro que la investigación administrativa tuvo como origen la queja presentada por la señora Leidy Lorena Gamboa Arica, debido a por la falta de atención oportuna y adecuada de la petición radicada el 3 de septiembre de 2015 ante la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Con base en los documentos que presentó la ETB S.A. E.S.P. y sus descargos, la SIC estableció que la petición del 3 de septiembre de 2015 no había sido contestada de manera adecuada, pues ni siquiera fue arrimada la copia de la respuesta suministrada a la usuaria.

De otro lado, si bien la ETB S.A. E.S.P., manifestó que había ajustado en la facturación el valor de la cuenta de la usuaria y había hecho el retiro de la línea, no obra copia de las facturas generadas en las que conste el valor cobrado en los meses respecto de los cuales la usuaria manifestó que le habían generado un cobro elevado, es decir, no se encontró la materialización de los ajustes de facturación; y, finalmente, no se aportó la constancia de notificación de la respuesta suministrada a la usuaria.

En tal sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, encontró acreditada la ocurrencia del silencio administrativo positivo con respecto a la petición del 3 de septiembre de 2015.

Así las cosas, para la Sala, no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio haya vulnerado el principio de tipicidad en la actuación administrativa que se analiza. Desde el acto por el cual se formularon cargos a la ETB S.A. ESP., y hasta el acto por el cual se impuso sanción, se mantuvieron tanto la imputación fáctica como la jurídica. Era claro que los hechos objeto de la investigación correspondían a la falta de respuesta oportuna y clara de la petición del 3 de septiembre de 2015, radicada por la señora Leidy Lorena Gamboa Aroca.

(ii) En segundo lugar, la apoderada de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, sostiene que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el documento mediante el cual la usuaria Leidy Lorena Gamboa Aroca desistió de la queja.

Al respecto, el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 1755 de 2015, dispuso lo siguiente:

“Artículo 18. Desistimiento. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público; en tal caso expedirán resolución motivada.”.

La Sala advierte, en primer orden, la inconsistencia del argumento expuesto por la apoderada de la parte actora. Señaló la profesional del derecho lo siguiente. En el proceso administrativo sancionatorio, antes de proferir la resolución sancionatoria del **26 de mayo de 2016**, “*la usuaria del servicio de suscripción de telefonía, allegó al expediente administrativo un documento de desistimiento del 6 de septiembre de 2016.*”

No resulta lógico que el desistimiento radicado el 6 de septiembre de 2016 haya influido en la expedición de la resolución sancionatoria del 26 de mayo de 2016; ahora bien, lo que se observa a folio 63 del expediente es que el documento que contiene el desistimiento, tiene como fecha de radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el 8 de septiembre de 2016, momento para el cual, la investigación administrativa se encontraba en sede de apelación.

Ahora bien, revisada la Resolución No. 32647 del 7 de junio de 2017 “*por la cual se resuelve un recurso de apelación*”, es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio nada dijo en tal acto frente al desistimiento de la queja; no obstante, dicha circunstancia no configura causal de nulidad de los actos administrativos.

En efecto, el objeto por el cual se dio inicio a la investigación, esto es, el silencio administrativo positivo con respecto a la petición del 3 de septiembre de 2015, se encontró probado; en otras palabras, para el momento en el que la usuaria radicó el desistimiento ante la SIC, la infracción del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 ya se había cometido; y, por lo tanto, tal desistimiento no era causal de revocatoria del acto sancionatorio, como lo pretende la apoderada de la E.T.B. S.A. E.S.P.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que si bien en el recurso de alzada la apoderada de la E.T.B. S.A. E.S.P., señaló que con la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio se estaba inaplicando el precedente administrativo, no allegó prueba que permitiera estudiar tal argumento. Si bien se advierte una serie de actuaciones administrativas en las que se ordenó el archivo de las actuaciones, lo cierto es que no se tiene conocimiento de las premisas fácticas y jurídicas de cada investigación, que permitan realizar un análisis comparativo y verificar lo sustentado por la parte recurrente.

(iii) En lo que tiene que ver con la graduación de la sanción, la apoderada de la ETB S.A. E.S.P., consideró que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no se ajustó a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y no se efectuó una valoración sobre los criterios que exige la Ley 1341 de 2009, artículo 66; y en la graduación de la sanción, no se tuvieron en cuenta la favorabilidad de las pretensiones ni el desistimiento presentado por el usuario.

Con el fin de analizar la validez de las razones expuestas por la apelante, la Sala procederá a examinar la fundamentación que tuvo la SIC para imponer la sanción de multa contenida en la Resolución No. 31824 de 26 de mayo de 2016, acto sancionatorio acusado (Fls. 54 a 59 c.1.).

“(…)

SÉPTIMO: Sanción

(…)

Así las cosas, es necesario anotar que la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, obedece principalmente a

una facultad discrecional que no es absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, así como en los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Precisamente, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicación para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionatoria para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno (1) y dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este mismo sentido, esta Superintendencia debe tomar en consideración los criterios previstos por la normativa para la imposición de las sanciones (artículo 66 de la Ley 1341 de 2009) con la finalidad de generar una debida consecuencia jurídica por la infracción de la norma.

(...)

7.1. Gravedad de la falta

Así las cosas y colorario de lo expuesto, es que la Sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP., no esgrimió justificación alguna con fundamento en la cual pudiera exonerarse de responsabilidad por la falta de respuesta oportuna, de fondo y adecuada a la petición enunciada en el considerando primero del presente acto administrativo, incumpliendo con ello, lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011.”.

En cuanto a la reincidencia en la comisión de los hechos, Superintendencia de Industria y Comercio, señaló lo siguiente (Fl. 52 C. 1).

“Al respecto, es claro que existe una constante en el actuar del proveedor de servicios que consiste en no dar respuesta adecuadas a las quejas, recursos y peticiones de sus usuarios, convirtiéndose esto, como ya se dijo, no solo en la trasgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, sino también en la vulneración del artículo 23 de la Constitución política colombiana que protege el derecho que tienen las personas de presentar peticiones frente a las autoridades.

De otro lado, para este Despacho es importante aclarar que el aumento en el valor impuesto como sanción, fue consecuencia de la reiterada, repetitiva y reincidente conducta que se le reprocha al proveedor. Lo anterior, teniendo en cuenta que esta Superintendencia, por los mismos hechos, ha sancionado en varias oportunidades al proveedor EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. sin que se evidencie una disminución en la comisión de la referida infracción.

La proporcionalidad entre la falta y la sanción

(...)

“En suma, se encuentra que la dosimetría utilizada por esta Dirección para imponer la respectiva multa, resulta de la adecuación de los criterios mencionados en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, a la conducta realizada por el proveedor de servicios, razón por la cual se afirma que la sanción impuesta hasta ahora es: (i) acorde a la gravedad de la falta, (ii) adecuada a la reincidencia de la investigada y (iii) proporcional a la norma transgredida.”.

Al respecto, los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, disponen lo siguiente.

“ARTÍCULO 65. *SANCIONES*. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.

2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.

3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.

4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.” (Destacado por la Sala).

“ARTÍCULO 66. *CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES*. Para definir las sanciones aplicables se **deberá** tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.

2. Daño producido.

3. Reincidencia en la comisión de los hechos.

4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.” (Destacado por la Sala).

De la norma transcrita, se desprende que para definir el monto de las sanciones aplicables deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: (i) la gravedad de la falta; (ii) el daño producido; (iii) la reincidencia en la comisión de los hechos; y (iv) la proporcionalidad entre la falta y la sanción; lo que no implica que necesariamente deban concurrir los cuatro elementos de que se trata en un caso determinado.

En el asunto objeto de análisis, encuentra la Sala que la SIC valoró los criterios enumerados en los numerales 1, 3 y 4, pues tuvo en cuenta varios aspectos, algunos de ellos ya mencionados, tales como.

(i) La naturaleza de la infracción (gravedad de la falta), debido a la repercusión que esta tuvo en el usuario.

(ii) La conducta de la investigada fue de tal entidad que constituyó una vulneración a un derecho de protección constitucional, el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución; en la medida en que el proveedor de servicios no está cumpliendo con su deber legal de generar respuestas adecuadas en relación con las peticiones de los usuarios (gravedad de la falta).

(iii) La SIC, por los mismos hechos, ha sancionado en varias oportunidades al proveedor Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y no se aprecia una disminución en la frecuencia de la referida infracción (reincidencia en la comisión de los hechos).

(iv) La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Las consideraciones transcritas permiten afirmar que la multa de \$82.734.600.00, equivalente a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes, impuesta a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. por la Superintendencia de Industria y Comercio, se tasó analizando, en concreto, la vulneración al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, por la configuración del silencio positivo con respecto a la petición del 3 de septiembre de 2015 radicada por la señora Leidy Lorena Gamboa Aroca, que a su vez configura una vulneración del artículo 23 de la Constitución y la reincidencia de la conducta por parte de la ETB S.A. E.S.P.

En consecuencia, la Sala estima que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción de multa.

Las consideraciones esbozadas permiten confirmar 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 los que se ventile un interés público; y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C.:

“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.”.

Esta disposición remite al Código de Procedimiento Civil; sin embargo, la Sala dará aplicación al Código General del Proceso, por ser la norma que subrogó al primero de los estatutos mencionados.

El artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 3, dispone 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.*”.

Conforme a lo expuesto, se condenará en costas 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 29 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

SEGUNDO.- Condénase en costas a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., 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