

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

**RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: 110013334005201600163-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA ETB
S.A. ESP
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial del 11 de abril de 2018 por el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SENTIDO DE LA DECISIÓN

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Cuarto Administrativo de Oralidad de Bogotá. Se condenará en costas en esta instancia.

1. ANTECEDENTES

La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB ESP, mediante apoderada especial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones:

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Reclama el demandante:

“Que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones:

- La Resolución No. 57283 del 28 de septiembre de 2012 por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso sanción pecuniaria a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A ESP., por la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000) equivalente a (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Resoluciones Nos. 34872 del 31 de mayo de 2013 y 81421 del 13 de octubre de 2015, mediante las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de reposición y el de apelación confirmando la multa impuesta por la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (56.670.000) equivalentes a (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En consecuencia, de lo anterior, se restablezca a ETB en su derecho, a la devolución del valor pecuniario pagado a la SIC.

II- PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de no conceder la nulidad de las resoluciones Nos. 57823 del 28 de septiembre de 2012, 34872 del 31 de mayo de 2013 y 81421 del 13 de octubre de 2015, se le solicita conmutar la sanción impuesta a ETB S.A ESP; por una diferente a la pecuniaria, y proceder a ordenar la devolución del pago efectuado

1.2. HECHOS

1° La apoderada especial de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ETB ESP señala que mediante Resolución No. 40953 del 28 de junio de 2012 la Superintendencia de Industria y Comercio decidió abrir investigación administrativa en virtud de la denuncia presentada por el señor Jhon Jairo Acevedo Cruz con el fin de verificar el presunto incumplimiento de la orden impartida por la Superintendencia mediante Acto Administrativo 64740 del 18 de noviembre de 2011, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el usuario.

2° Luego de haberse surtido toda la investigación administrativa y de que la empresa ejerciera su derecho de defensa mediante los descargos, la Superintendencia de Industria y Comercio emite Resolución No. 57823 del 28 de septiembre de 2012 en la cual impone sanción administrativa por valor de \$56.670.000.

3° La empresa de telecomunicaciones presentó recurso de reposición y en subsidio apelación con la finalidad de revocar la decisión inicial, y mediante resoluciones Nos.34872 del 31 de mayo de 2013 y 81421 del 13 de octubre de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio confirmo la decisión tomada en la Resolución No. 57823 del 28 de septiembre de 2012.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con la actuación de la demandada se violaron las siguientes disposiciones:

- Artículos 29 de la Constitución Política de 1991.
- Artículo 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009

Desarrolló el concepto de violación de la siguiente manera:

1. Violación al debido proceso por omisión a la valoración de la prueba legal debidamente aportada

Señala que el único principio que no es dable sacrificar en las actuaciones administrativas es el de legalidad tanto en la determinación de la infracción como en el establecimiento de la sanción.

2. Infracción de las normas en que debía fundarse el Acto por indebida formulación de cargos y para la imposición de la multa

Considera que la imputación jurídica realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio vulnera el principio de legalidad al no indicar con claridad la norma infringida ya que la demandada inició investigación administrativa con la finalidad de establecer si se omitió dar efectivo cumplimiento a la orden emitida en la Resolución 64740 de 28 de noviembre del 2011.

Indica que solamente señala el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 lo cual podría permitir que cualquier incumplimiento o violación de normas legales, reglamentarias, contractuales o regulatorias en el campo de las telecomunicaciones sea

sancionable y adicionalmente dicha norma no se puede infringir directamente, lo cual la convierte en un tipo en blanco aplicable únicamente a una remisión normativa que determine concretamente el deber, obligación o mandato, trasgrediendo así el derecho al debido proceso.

Señala que de acuerdo con la Ley 1341 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para imponer sanciones pecuniarias señalando el tope máximo e indicándole qué factores debe considerar al momento de ponderar la sanción los cuales están estipulados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 y en el caso concreto la entidad al decidir imponer la sanción no hace alusión a ninguno de los factores objetivos para su graduación, es decir que no explica porque la investigada incurre en una falta grave, ni el daño producido, ni las razones objetivas que la motivaron a imponer una sanción o la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Considera que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las situaciones de hecho y de derecho y desconoció lo expuesto por la H. Corte Constitucional sobre la motivación que deben tener los Actos Administrativos.

Acerca de la proporcionalidad de la sanción señala que ha tenido eco sobre la discrecionalidad de la administración la misma no tuvo en cuenta los criterios de dosimetría lo cual derivó en una decisión sancionatoria desmesurada.

1.4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **Superintendencia de Industria y Comercio** contestó la demanda de la referencia en los siguientes términos:

Señala que el principio de legalidad consiste en la estricta relación que debe existir entre la actuación administrativa y el ordenamiento jurídico y en el presente caso con la expedición de las Resoluciones en ningún momento se vulneró dicho principio puesto que las mismas fueron expedidas con la finalidad de proteger y restablecer los derechos del señor Jhon Jairo Acevedo Cruz en su calidad de consumidor de los servicios de telecomunicaciones.

Indica que el sentido de los Actos Administrativos obedeció a un análisis de rigor frente a las pruebas allegadas junto con los criterios propios lo cual permitió concluir que la demandante vulneró lo estipulado en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 por no dar cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio, y adicionalmente no se puede alegar que por el hecho de que la decisión fuera adversa al interés de la demandante no quiere decir que los principios y derechos le hayan sido vulnerados.

Que una vez revisada la sanción impuesta se colige que se encuentra dentro de los parámetros legales establecidos en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 y es por ello que no se puede deducir que la sanción impuesta es desproporcionada y menos cuando el monto fue determinado por la gravedad de la conducta y la naturaleza de la infracción razón por la cual los Actos demandados están debidamente motivados y no son nulos como mal lo refiere la demandante.

Acerca de la infracción de las normas en las que debía fundarse el Acto por indebida formulación de cargos argumenta que el 30 de mayo de 2012 el señor Jhon Jairo Acevedo Cruz presentó denuncia por el presunto incumplimiento de lo ordenado por la entidad en la Resolución 64740 de 18 de noviembre de 2011 por parte de la ETB S.A ESP y como consecuencia de ello, dando cumplimiento al parágrafo 2 del artículo 1 de la parte resolutive de la misma disposición se dio inicio a la correspondiente investigación administrativa la cual arrojó como resultado que de manera tardía la demandante dio cumplimiento a la Resolución 64740 de 2011 vulnerando así el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Respecto a la infracción de las normas en que debía fundarse el Acto Administrativo para la imposición de la multa argumenta que de acuerdo con jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en materia de imposición de sanciones es necesario anotar que la graduación de las mismas se realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente atribuida y en el caso concreto se tuvo en cuenta el numeral 1º del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 consistente en la gravedad de la falta analizada desde la perspectiva e

implicaciones de la afectación de los derechos del usuario, aplicando de esta manera la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Finalmente solicita negar las pretensiones de la demanda al considerar que los Actos Administrativos se encuentran legalmente establecidos y no son nulos.

1.5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de abril de 2018 proferida en audiencia inicial negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

Sobre el cargo relacionado con **la supuesta falsa motivación por no aplicación del principio de legalidad de la conducta al momento de imponer la sanción** señala que si bien es cierto en el procedimiento administrativo sancionatorio se aplican varios principios rectores del derecho penal también lo es que se hace de manera restrictiva como sucede con la tipicidad de las conductas reprochables a los administrados ya que no siempre que se adelanta una investigación administrativa el hecho que se imputa como incumplido se encuentre contemplado en una norma específica, pues basta con que se acredite el incumplimiento de un deber legal por acción u omisión para que en ente encargado de su vigilancia proceda a imponer las sanciones correspondientes en aras de proteger el bien jurídico para el cual fueron creadas acudiendo a la integración normativa y a los principios.

Indica que en el caso concreto desde la formulación del pliego de cargos se conoció la falta toda vez que la Superintendencia fue clara al determinar que el objeto de la actuación sancionatoria era verificar si a pesar de las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 y haber dado orden administrativa, el proveedor de servicios de telecomunicaciones había omitido dar cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 64740 de 2011 y es por ello que el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto al cargo relacionado con **la violación del principio de legalidad por inobservancia de los criterios para graduar la sanción y el desconocimiento de la**

proporcionalidad de la sanción impuesta argumenta que de la lectura de los Actos Administrativos demandados es evidente que la demandada tomo en cuenta principalmente lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 referente a la gravedad de la conducta puesto que implica un desconocimiento de la autoridad que está investida la Superintendencia de Industria y Comercio como órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor de acuerdo a las facultades otorgadas en el Decreto 4886 de 2011 lo cual le permitió concluir que con la actuación desplegada por la demandante se desconocieron no solo los derechos del usuario del servicio de comunicaciones sino además la autoridad de la que está investida la demandada en materia de protección al consumidor.

Por lo anterior el Despacho considera razonable la imposición de la sanción por haber desconocido las órdenes impuestas en un Acto Administrativo en el cuál se pretendió amparar los derechos del consumidor y como no se logró encontrar elemento alguno que permitiera concluir que no existe relación entre la falta en que incurrió la Empresa de Servicios de Telecomunicaciones, la multa cuestionada y los objetivos perseguidos no resulta de recibo el argumento según el cual para la imposición de la sanción no se consultó el principio de proporcionalidad ni los criterios de graduación señalados en la Ley, por lo anterior el cargo no tiene la vocación de prosperar.

2. SEGUNDA INSTANCIA

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ETB ESP, dentro del término legal interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia en mención¹.

2.1. LA IMPUGNACIÓN

En el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante reitera los argumentos de la demanda y los alegatos de conclusión, especialmente lo referido a la imputación jurídica la cual vulnera el principio de legalidad al no haberse indicado con claridad la norma infringida.

¹ Ve folios 229 al 247 cuaderno principal

Indica que, posteriormente se señaló el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 la cual es una norma que en principio podría permitir que cualquier incumplimiento o violación de normas en el campo de las telecomunicaciones sea sancionable, por lo tanto la formulación de cargos se hizo con base en una norma que no se podría infringir directamente o bien un tipo en blanco aplicable únicamente si se hace una remisión normativa que determine el concreto deber, obligación o mandato infringido.

Considera que no se tuvo en cuenta ninguna de las pruebas legalmente aportadas en las que se demostró el cumplimiento de la orden contenida en la Resolución 64740 del 18 de noviembre de 2011 ya que de haberlo hecho se habría percatado de que el cumplimiento de dicha orden fue en mayo de 2012 y no como erradamente lo considera la demandada el 13 de julio de 2012.

Acerca de la indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción y violación del principio de legalidad y el desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, reitera los argumentos expuestos en la demanda y los alegatos de conclusión, pero enfatiza en que el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo está siendo vulnerado.

Finalmente solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda declarando probada la nulidad de las Resoluciones 57823 del 28 de septiembre de 2012, la 34872 del 31 de mayo de 2013 y 81421 de 13 de octubre de 2015.

2.2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante².

² Ver folio 4 cuaderno de segunda instancia.

Con auto de tres (3) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) se declaró innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento establecida en el numeral 4 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 y se corrió traslado por el término de diez (10) días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión³.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La **Superintendencia de industria y Comercio**. En su escrito de alegatos de conclusión reiteró los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión en primera instancia.

La **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A ESP**. En su escrito de alegatos de conclusión reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación de la sentencia.

El **Ministerio Público** no hizo pronunciamiento.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011⁴, es el Tribunal el competente para resolver el recurso de alzada propuesto.

Sin embargo, se recuerda que el trámite del recurso de apelación limita el pronunciamiento de la segunda instancia exclusivamente a lo que es materia de impugnación, tal como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso⁵, por

³ Ver folio 7 cuaderno de segunda instancia.

⁴ **ARTÍCULO 153. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

⁵ **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011⁶. Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez de segunda instancia.

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

Corresponde al Tribunal determinar si son nulos los Actos Administrativos demandados, esto es, la Resolución Nro. 57283 de 28 de septiembre de 2012 *“Por la cual se impone una sanción administrativa”*, la Resolución Nro. 34872 de 31 de mayo de 2013 *“Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación”*, y la Resolución Nro. 81421 del 13 de octubre de 2015 *“Por la cual se resuelve un recurso de apelación”* mediante las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A ESP por inobservancia de lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 ante el incumplimiento de lo ordenado en la Resolución 64740 de 18 de noviembre de 2011 tomando en consideración las razones señaladas en el escrito de apelación que conlleven a reconocer la sentencia apelada.

Con el fin de absolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente que la controversia objeto del presente proceso gira en torno a verificar lo siguiente:

¿Los Actos Administrativos demandados adolecen de los vicios de falta de motivación y desconocimiento de las normas en que debía fundarse vulnerando así el derecho al debido proceso en conexidad con los principios de tipicidad y legalidad al no tomar en cuenta las pruebas allegadas al proceso?

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

⁶ **ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3.3. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

No. La Sala confirma la sentencia impugnada en consideración a que no se han probado las causales de nulidad de los actos administrativos demandados, tal como se desarrollo a continuación.

3.4 VALORACIÓN DE LOS CARGOS OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Primer cargo: ¿Los Actos Administrativos demandados adolecen de los vicios de falta de motivación y desconocimiento de las normas en que debía fundarse vulnerando así el derecho al debido proceso en conexidad con los principios de tipicidad y legalidad al no tomar en cuenta las pruebas allegadas al proceso?

La Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A ESP con el fin de verificar la vulneración de lo previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 al considerar que no dio cumplimiento a la orden señalada en la Resolución No. 64740 de 18 de noviembre de 2011 que dispuso:

ARTICULO PRIMERO: Modificar la decisión empresarial proferida por el proveedor del servicio identificada en el numeral primero de la presente resolución y, en consecuencia, ordenar al operador que en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación de la presente providencia, proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en el acápite considerativo del presente acto administrativo.

PARAGRAFO PRIMERO: El proveedor del servicio deberá acreditar el cumplimiento de lo ordenado en el presente artículo ante esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su acatamiento (...)"

Consideró la entidad de control que la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A ESP había incumplido la orden previamente señalada porque no se evidenció dentro de la investigación administrativa el cumplimiento efectivo respecto de

la orden arriba citada referente a la facturación del plan contratado por el señor Jhon Jairo Acevedo Cruz junto con los soportes correspondientes.

Considera la demandante que se dio cumplimiento a lo establecido en la Resolución 64740 de 2011, toda vez que allegó discos compactos en los cuales se podía evidenciar el cumplimiento de la orden señalada en la Resolución No 64740 de 2011.

Ahora, en relación al incumplimiento del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.”* los Actos Administrativos acusados señalan que la infracción se presentó por cuanto la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ETB ESP no dio cumplimiento a la orden emitida previamente en la Resolución 64740 de 18 de noviembre de 2011.

Expresamente la Resolución 57283 de 28 de septiembre de 2012 *“Por la cual se impone una sanción administrativa”* explicó:

6.1 Frente al Caso Concreto

En primer lugar, debe considerarse que el fundamento central de la actuación se contrae a determinar si existió o no un incumplimiento por parte de la sociedad investigada respecto de lo ordenado por esta Superintendencia, mediante Resolución No. 64740 del día 18 de noviembre de 2011, así resulta procedente realizar una confrontación de la orden impartida frente a la acreditación de cumplimiento vertida al diligenciamiento por la sociedad investigada.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho encuentra que es oportuno determinar cuál fue la orden proferida por esta Entidad mediante la resolución señalada anteriormente así:

ARTICULO PRIMERO: Modificar la decisión empresarial proferida por el proveedor del servicio identificada en el numeral primero de la presente resolución y, en consecuencia, ordenar al operador que en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación de la presente providencia, proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en el acápite considerativo del presente acto administrativo.

PARAGRAFO PRIMERO: El proveedor del servicio deberá acreditar el cumplimiento de lo ordenado en el presente artículo ante esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su acatamiento (...)
(...)

En segundo lugar, este Despacho le informa a la sociedad investigada, que en materia de Derecho del Consumo, la Honorable Corte Constitucional, ha indicado que existe una normatividad de especial protección de las cargas probatorias impuestas al consumidor, ya que no pueden ser tales que

obstruyan el acceso a la justicia de estos. Así el tradicional diseño para imputar responsabilidad a algún sujeto se vería modificado en todo aquello que resultara ser excesivo para el consumidor.

Por lo tanto, en el ámbito de los derechos de los consumidores, en este caso los derechos de los usuarios del servicio de comunicaciones, opera el principio de inversión de la carga de la prueba, en virtud del cual le corresponde al proveedor del servicio investigado controvertir los hechos objeto de denuncia y aportar las pruebas que lo eximan de su supuesta responsabilidad frente a los cargos imputados, en la medida en que se encuentra en la mejor posición de la relación del consumo para hacerlo.

(...)

Por ello, la sociedad investigada deberá demostrar que observó, y dio cumplimiento a las normas que sustentan el cargo que se imputa en la presente investigación, esto es, que se observó lo consagrado en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Ahora bien, del dicho del quejoso se establece su inconformidad por el presunto incumplimiento por parte de la sociedad investigada a lo ordenado mediante la Resolución No. 64740 del día 18 de noviembre de 2011, así las cosas y frente a los argumentos de la sociedad investigada, este Despacho procede a realizar el siguiente análisis:

6.1.1. Término para dar cumplimiento a lo ordenado mediante la Resolución No. 64740 del día 18 de noviembre de 2011.

Teniendo en cuenta, que según del dicho del quejoso, la sociedad investigada no dio cumplimiento a lo ordenado mediante Resolución 64740 del día 18 de noviembre de 2011, este Despacho considera pertinente tener en cuenta que el acto administrativo objeto de controversia, en el artículo primero del resuelve, ordeno “(...) *al operador que dentro del término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación de la presente providencia, proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en los acápites considerativos(...)*”, por lo tanto, el termino que tiene la investigada para dar cumplimiento a lo ordenado por esta Entidad, comienza a contar a partir del recibo de la comunicación de dicha resolución.

Por lo anterior y una vez revisado el sistema de tramites de esta Entidad, se estableció que la comunicación de la mencionada Resolución fue recibida por el proveedor investigado, por el medio de –Personal Casillero– el día 23 de noviembre de 2011, es decir que el termino para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Superintendencia, se venció el día 05 de enero de 2012.

Así las cosas, y de acuerdo a lo manifestado por el quejoso en su denuncia del día 30 de mayo de 2012 frente al incumplimiento de la investigada, este Despacho encuentra que EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB S.A., tenía hasta el día 05 de enero de 2012 para cumplir lo ordenado por este Despacho mediante la Resolución No. 64740 del 18 de noviembre de 2011.

6.1.2. Ajustes a favor del usuario.

Aclarado lo anterior, resulta necesario indicar que el quejoso en escrito radicado bajo el No. 11-009382 del día 09 de julio de 2012, allega a esta entidad, las facturas de los meses de enero, febrero, marzo abril, mayo, junio y julio del año en curso y manifiesta que “(...) *cada mes la ETB, hace cobros de forma errada, y toca ir a un centro de servicios para su debida corrección de los valores, que no son contratados (...)*”, por lo tanto, este Despacho entrara a verificar si en realidad se hicieron o no los ajustes ordenados mediante el acto administrativo objeto de estudio.

De acuerdo a las pruebas allegadas por la sociedad investigada esta Dirección encuentra:

PROCESO No.:
ACCIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO
ASUNTO:

110013334005201600163-01
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB ESP
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En primer lugar, que EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB S.A., realizó un ajuste a favor del quejoso, por un valor de (\$64.310) pesos m/cte discriminado así: en el documento de ajuste No. 500000099344-3. Reclamo No. 000004139048, se hace un arreglo por la suma de (\$13.708,97) pesos m/cte, por concepto de telefonía local y en el documento de ajuste No. 5000000999324-9. Reclamo No. 000004139048, se hace el otro ajuste por el valor de (%50.600,49) pesos m/cte por concepto de larga distancia, vale la pena aclarar que los anteriores ajustes se realizaron en la factura del mes de enero de 2011 para el periodo del 01 al 30 de noviembre de 2010.

Al respecto, este Despacho evidencia que el anterior ajuste fue realizado, dentro del término legalmente otorgado mediante la Resolución No. 64740 del día 18 de noviembre de 2011, por cuanto se realizó en la facturación del mes de enero de 2011.

En segundo lugar, que de acuerdo al documento allegado por la investigada a folio 116, se realizaron ajustes por el concepto de larga distancia para los meses de noviembre de 2010 a mayo de 2012 a favor del quejoso, los cuales se ven reflejados en las correspondientes facturas, no obstante llama la atención de este Despacho, el hecho que en las facturas de los meses mencionados no se ve reflejado, que al quejoso en realidad se le haya aplicado el plan de larga distancia nacional "su destino preferido", por un valor de (\$10.092) IVA incluido y sobre todo con las características ofrecidas al señor JHON JAIRO ACEVEDO CRUZ, es decir no se evidencia que efectivamente se haya cobrado el plan de larga distancia a \$147 pesos minuto en horas ordinarias, a \$121 pesos los fines de semana y a \$27 pesos a otros destinos.

Por lo anterior, este Despacho reitera que para la realización de ajustes no basta con afirmar que se efectuaron los mismos, ni basta señalar un monto global asociado a determinado rubro, lo realmente importante es señalar la debida discriminación de las cifras y periodos tenidos en cuenta para llegar al resultado final, como también la inclusión de las operaciones realizadas para tal propósito en las que se explique la cantidad tomada como referente y la liquidación proporcional respectiva, con el fin de poder verificar que estos se hicieron correctamente.

En consecuencia, una vez revisadas las pruebas aportadas por la investigada, esta Entidad encuentra que dentro de la facturación de los meses de noviembre de 2010 d mayo de 2012, no existe certeza de que en realidad se haya cumplido lo ordenado por la Resolución No. 64740 del día 18 de noviembre de 2011, la cual expresamente señaló "(...) *considera este Despacho, que el proveedor del servicio incumplió con sus obligaciones en relación al deber de información, (...) razón por la cual se ordenara aplicar las condiciones del plan esgrimidas por el usuario a partir de la fecha de activación del plan contratado y, en consecuencia realizar los ajustes de facturación a que haya lugar(...)*" (subraya fuera del texto)

Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior, según del dicho del quejoso, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB S.A, sigue facturando erradamente el servicio de larga distancia contratado, desde el 16 de noviembre de 2010, por cuanto debe cada mes radicar una petición, queja o recurso (PQR), para que los cambios en su facturación sea efectuados, al respecto este Despacho evidencia que en realidad la sociedad investigada no ha realizado las acciones pertinentes para que el servicio de larga distancia quede concretamente ajustado de forma radical a las condiciones ofrecidas al quejoso, sin tener que realizar mes por mes los correspondientes ajustes por dicho concepto.

PROCESO No.:
ACCIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO
ASUNTO:

110013334005201600163-01
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB ESP
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En otras palabras, este Despacho encuentra que la sociedad investigada, no ha ejecutado en su sistema de facturación una solución eficiente para que de manera definitiva las tarifas queden ajustadas a las condiciones del plan de larga distancia esgrimidas por el quejoso, en salvaguarda de los derechos que tiene como usuario frente al Régimen de Protección Integral de los Derechos de los Usuarios de los servicios de Comunicaciones. Por consiguiente, es claro para este Despacho que el proveedor de servicios de comunicaciones investigado no allego los medios probatorios pertinentes, útiles y conducentes que permitieran a esta Entidad verificar sus afirmaciones.”

Sobre el particular la Sala hará las siguientes precisiones:

El numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”* consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 64. INFRACCIONES. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

(...)

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.

De conformidad con la normatividad transcrita se observa que la misma es clara al determinar que cualquier forma de incumplimiento será objeto de sanción, y resulta evidente que el incumplimiento de una orden previamente determinada mediante otro Acto Administrativo resulta trasgresor de dicha normatividad.

Después de realizar un análisis integral del expediente, la Sala observa que el 28 de septiembre de 2012 la Superintendencia de Industria y Comercio procedió a revisar si la entidad demandante había dado cumplimiento a la orden emitida en la Resolución 64740 de 2011 encontrando que si bien hubo cambios en algunas facturas sobre el plan de destino nacional, también lo es que el usuario siguió teniendo inconvenientes con los cobros realizados en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 2012 lo cual pone en evidencia que la orden no fue cumplida de manera eficiente.

Ahora bien, en relación con el derecho al debido proceso en conexidad con el principio de legalidad y tipicidad, la Sala considera que los mismos no se vieron vulnerados en ningún momento dentro de la actuación administrativa toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó los lineamientos establecidos en la Ley 1341 de 2009 para imponer y graduar la sanción.

En concordancia con lo anterior, la H. Corte Constitucional ha señalado:

4.4. La tipicidad en el derecho administrativo sancionador

4.4.1. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa.

4.4.2. En este sentido, la Corte en la sentencia C-564 de 2000, se pronunció cuando dijo que: “el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto”

(...)

Posteriormente, frente al derecho administrativo sancionatorio, esta Corporación en Sentencia C-860 de 2006, reiteró la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción, y considerando incluso la admisibilidad de conceptos indeterminados y tipos en blanco, cuando manifestó: “La jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal.”

De lo anterior se puede concluir que con base en la facultad de discrecionalidad que gozan algunas entidades estatales y como lo es en el caso concreto la Superintendencia de Industria y Comercio se puede determinar y graduar las sanciones establecidas en la norma siempre y cuando se logre probar que con la acción u omisión se vulneró una disposición legal previamente establecida como la Ley 1341 de 2009, sanción que fue debidamente motivada en los Actos Administrativos demandados junto con los descargos allegados por la parte demandante al no lograrse probar el efectivo cumplimiento la orden impartida en la Resolución 64740 de 2011 y por lo tanto el derecho al debido proceso junto con el principio de legalidad y tipicidad no fueron vulnerados dentro del presente trámite administrativo.

En consecuencia, los cargos relacionados con la infracción al debido proceso por omisión a la valoración de la prueba legal debidamente aportada, la infracción de las normas en las que debía fundarse el Acto por indebida formulación de cargos no tienen la vocación de prosperar.

Segundo cargo: ¿Los Actos Administrativos demandados fueron expedidos con desconocimiento del criterio de proporcionalidad de la sanción?

Considera el apelante que en los Actos Administrativos no se expusieron las razones que motivaron a la imposición de la sanción. Que no se analizaron en su totalidad los criterios de gravedad, el daño causado, la reincidencia o la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Sobre los tipos de sanciones a imponer generadas por las infracciones señaladas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, de conformidad con lo señalado en el artículo 65 de la misma ley, permite dicha norma la imposición de sanciones consistentes en amonestación, multa, caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso, o suspensión de la operación por incurrir una persona natural o jurídica en algunas de las causales señaladas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, cuyos criterios para determinar la sanción se encuentran señalados en el artículo 66 de la mencionada Ley.

La norma dispone lo siguiente:

“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.”

El listado contenido en la norma transcrita contempla como criterios para la definición de las sanciones, las siguientes: 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 anterior referencia los criterios que están llamados a orientar la decisión de imposición de una sanción y que deben ser analizados por la entidad que adelanta la investigación con el fin de que se respeten los principios de legalidad, debido proceso e igualdad de los investigados y que, en efecto, la decisión sancionatoria no se base en criterios subjetivos y arbitrarios.

Del contenido de la Resolución por la que se impone la sanción se observa de manera clara el análisis de dichos requisitos, en tanto la gravedad de la falta se determina por cuanto la misma contraviene lo establecido en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 lo cual implica un desconocimiento a la autoridad de la cual está investida la Superintendencia de Industria y Comercio al ser el órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor de acuerdo a las facultades otorgadas en el Decreto 4886 de 2011 y es por ello que las Resoluciones emitidas por esta entidad deben ser de obligatorio cumplimiento para garantizar la primacía del principio de protección a los usuarios de servicios de comunicaciones.

Así las cosas, no puede decirse que la decisión de imponer una sanción no tenía sustento, puesto que la infracción cometida fue grave ya que no sólo existió una violación a la Ley, sino que además dicha violación conllevó a la vulneración del derecho

a la información del usuario, razón por la cual se justifica que la Superintendencia de Industria y Comercio adoptara las medidas sancionatorias pertinentes.

En el caso particular se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ETB ESP con base en el criterio de gravedad de la falta puesto que la infracción no podía calificarse de otra manera ya que como se dijo, éste implicó la vulneración del deber general de información y a no seguir las ordenes previamente dadas mediante otros Actos Administrativos.

Por último, frente a la proporcionalidad de la sanción, para el establecimiento de la última, señaló, la infracción cometida por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 dado que la sanción pecuniaria equivalió a 100 SMLMV, la misma no resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 dispone que la misma puede oscilar entre 1 y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, determinándose que en el caso de marras se ha vulnerado la Ley.

Como se observa, los actos acusados justificaron la proporcionalidad de la sanción teniendo en cuenta la gravedad de la falta y el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, el cargo relacionado con la infracción de las normas en que debía fundarse el Acto para la imposición de la multa no prospera y adicionalmente le asiste razón al a-quo

4. COSTAS PROCESALES ⁷

⁷ **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en

que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

En virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso se impondrá condena en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales deberán liquidarse por el *a quo* en los términos del artículo 366⁸.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. - CONFÍRMASE la sentencia del once (11) de abril de dos mil dieciocho (2017) proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

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.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

⁸ **ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

PROCESO No.: 110013334005201600163-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A ETB ESP
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

SEGUNDO. - CONDÉNASE en costas a la parte vencida en el proceso.

TERCERO. - Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado