



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

SENTENCIA N° 2020-03-067 NYRD

Bogotá D.C. Diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN: 110013334002 2015 00393 01
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO S.A.
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO - ANE
TEMAS: Sanción administrativa por violación del régimen de protección de usuarios de telecomunicaciones - Falsa motivación/desproporcionalidad de la sanción
ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a resolver el Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la empresa EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO S.A., contra la sentencia del 06 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Primera, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO.- Deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Condénese en costas a la parte vencida, liquídese por Secretaría. (...)

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.”¹

Igualmente es importante señalar que en los términos de que trata el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011 se ha efectuado el control oficioso de legalidad de cada una de las etapas surtidas, concluyéndose que no se observa ninguna causal de nulidad que amerite ser declarada en esta instancia.

¹ Folios 137 a 168 Cuaderno Principal.

I. ANTECEDENTES

1.1 Confrontación de los presupuestos fácticos expuestos en la demanda y su contestación (Fls. 80 a 93 y 126 y 127 C1):

Parte Demandante	Parte Demandada
<p>- Mediante Resolución N°001460 del 05 de octubre de 2005 se le otorga permiso para el uso del espectro hasta el 31 de diciembre de 2010 a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A.</p> <p>- El 17 de marzo del 2011 mediante radicado N°404155 del 18 de marzo de 2011 la empresa demandante presenta solicitud de renovación de la licencia.</p> <p>- El 9 de mayo del 2011 con radicado RTIC 96000494 la entidad demandada incorporó en el registro TIC a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A., con código de expediente N°97000156.</p> <p>- El 05 de octubre de 2011 se realiza por parte de la Agencia Nacional del Espectro - ANE, una visita de inspección en las instalaciones de la empresa demandante.</p> <p>- Mediante la Resolución N°000808 del 27 de abril del 2012 la ANE otorga nueva concesión a la empresa actora.</p> <p>- Mediante Acto N°000044 del día 3 de febrero de 2014 la Subdirección de Vigencia y Control de la ANE inicia investigación administrativa con el fin de determinar la existencia de una presunta infracción a las normas del régimen de las Telecomunicaciones (artículo 11, numeral 3 y párrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009), en este sentido formuló cargos a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A.</p> <p>- El día 17 de febrero del 2014 la demandante presentó descargos y los medios probatorios que consideró pertinentes.</p> <p>- Mediante Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014 la Subdirección de Vigencia y Control de la ANE impuso sanción de multa de 100</p>	<p>Reconoce la veracidad de la mayoría de los hechos descritos en la demanda, relacionados con la actuación administrativa N°1210, de manera concreta realiza las siguientes precisiones:</p> <p>a) En la actuación administrativa quedó probado el uso del espectro por parte de la empresa actora sin el permiso del Ministerio TIC, lo cual se evidenció con las muestras tomadas con espectrogramas.</p> <p>b) La visita que realizó la ANE fue en uso de sus facultades de vigilancia y control.</p> <p>c) La ANE no realiza la renovación del permiso para el uso del espectro, ello lo hace el Ministerio TIC.</p> <p>d) Niega el uso de criterios subjetivos para la imposición de la multa, afirma que se ajustó a la falta cometida y los criterios de la normatividad aplicable.</p> <p>e) Indica que no se violó el principio de confianza legítima.</p> <p>De igual forma precisa que con la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014, se impuso sanción a la sociedad demandante ajustada a la transgresión del régimen de las Telecomunicaciones.</p>

<p>SMLMV a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A.</p> <p>- El día 28 de julio de 2014 la empresa demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la decisión sancionatoria, en el cual expuso sus argumentos fácticos, jurídicos y probatorios.</p> <p>- A través de la Resolución N° 000763 del 12 de noviembre de 2014 se resolvió el recurso de reposición en el sentido de modificar el artículo segundo disminuyendo la multa a 90 SMLMV, manteniendo incólume los demás numerales y concediendo el recurso de apelación.</p> <p>- Por medio de la Resolución N° 000418 del 17 de julio de 2015 se decidió el recurso de apelación, confirmando el contenido de la Resolución sanción N° 000393 del 15 de julio de 2014 modificada por la Resolución N° 000763 del 12 de noviembre de 2014.</p>	
---	--

1.2 Lo pretendido, las normas violadas, el concepto de violación / los argumentos de defensa y las excepciones propuestas (Fls. 17 a 33 y 127 a 130 C1):

Parte demandante	Parte demandada
<p>- Con la demanda se pretende la <u>declaratoria de nulidad</u> de las Resoluciones N° 000393 del 15 de julio de 2014, N° 000763 del 12 de noviembre de 2014 y N° 000418 del 17 de julio de 2015 por medio de las cuales la ANE impuso sanción de multa y resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos. En consecuencia, pide el <u>restablecimiento de los derechos</u> conculcados con la sanción, restricciones impuestas y el reconocimiento de los perjuicios causados.</p> <p>- Se identifican como normas violadas, las siguientes: artículo 29 de la Constitución Política, artículos 66 y 67 de la Ley 1341 de 2009.</p> <p>- El concepto de violación se estructura en torno a los siguientes cargos de nulidad:</p>	<p>- En la contestación a la demanda presenta oposición íntegra a las pretensiones y se solicita negarlas en su totalidad.</p> <p>En ese sentido, se pronuncia en torno a los cargos de nulidad formulados, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De la comprensión sistemática del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 se determina que por la naturaleza jurídica del asunto, no es posible que en un caso se configuren todas las causales allí

Vulneración del **derecho al Debido Proceso**, conforme los siguientes aspectos:

1) *Infracción de las Normas por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción y violación directa de la ley:*

- Indica la empresa demandante que la ANE debió realizar una valoración objetiva de todos los criterios dispuestos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para determinar la gravedad o lesividad de la conducta, pero sólo hizo alusión a la “dosimetría sancionatoria”.
- El Acto sanción carece de fundamento normativo necesario para su legitimidad, pues considera que requiere un reglamento con los criterios para la imposición objetiva del monto preciso de una sanción.
- Indica que la ANE no tenía facultades legales para emitir el acto de sanción.

2) *Vulneración del Debido Proceso, por violación de los principios de defensa, legalidad y tipicidad:*

- Se impuso una sanción sin que existiera transgresión normativa alguna.
- Indebida notificación por no haberse indicado, en la diligencia de notificación de la Resolución sanción, la procedencia de los recursos contra la misma.
- Alega la insuficiencia probatoria por ausencia de prueba técnica, distinta a la practicada en la visita de la ANE.
- Considera que se aplicó de manera indebida el criterio de imputación objetiva, y por tanto es subjetiva la forma en que se impuso la sanción y los procedimientos surtidos para decidir, por cuanto indica que no se ampara en una norma o reglamento preexistente al hecho que lo indique.

3) *Desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, por cuanto los actos administrativos demandados desconocen:*

- Expresa que la ANE debe aclarar la dosimetría y motivar por qué impuso una

contempladas y en esa medida la interpretación de dicha disposición por parte de la demandante, generaría una talanquera injustificada para la administración, pues implicaría encontrar en todos los supuestos que se expongan bajo su escrutinio el catálogo de criterios que la norma establece, tornándose nugatorio el poder coercitivo que descansa en manos de la administración, en el evento en que uno de los criterios no se haga verificable.

- Frente a la presunta ausencia de facultades de la ANE, indica que debe observarse el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 1341 de 2009, donde se dispone que es función de la entidad ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, así mismo el numeral 10 dispone que la entidad adelantará las investigaciones ha que haya lugar por infracciones al régimen del sector aplicable. Menciona igualmente el Decreto 093 de 2010, el Decreto 4169 de 2011 y la Resolución 098 de 2015, con lo cual destaca que no hubo violación de la ANE frente a sus competencias para surtir la actuación e imponer sanción.
- Incluso en un análisis integral y sistemático de las decisiones objeto del debate se desprende la existencia misma de los criterios contemplados en el artículo 66, la existencia del daño producido, producto de la cual se analizó e impuso sanción por la violación del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, y en virtud del numeral 3 y el parágrafo del artículo 64 de la misma Ley.
- Contrario a lo manifestado por el demandante la Entidad de forma justificable decidió los actos administrativos de conformidad con todos los fundamentos jurídicos que le permitieron decidir la imposición de la sanción, indicando que no hubo violación alguna por parte de la ANE y que las normas señaladas como violadas fueron claramente señaladas en la investigación y debidamente comprobadas en la visita efectuada a la empresa.
- Resalta que previo a la declaratoria de culpabilidad de la investigada, esta pudo

<p>multa en el caso sub lite por el valor de 100 SMMLV, pues la facultad discrecional no es absoluta. Debe señalar de manera clara cómo llegó a esa cifra, por qué la sanción a imponer debió ser una multa y no otra, motivación que no se refleja en las resoluciones demandadas.</p> <ul style="list-style-type: none">• Los factores que se tuvieron en cuenta para la imposición y graduación de la sanción no fueron claros y no se ajustan según los criterios de dosificación establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, así como tampoco a la proporcionalidad que se predica de la sanción.	<p>en todas las etapas ejercer el derecho de defensa, impugnar el fallo y la etapa probatoria se surtió con todas las garantías legales y bajo observancia del debido proceso.</p> <ul style="list-style-type: none">• Finalmente, en lo relativo a la dosimetría de la sanción, refiere que esta tuvo en cuenta los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, sin que se obligue a la Entidad a establecer una fórmula aritmética para la determinación de una sanción, que esencialmente está sujeta a las circunstancias específicas de cada caso. Así mismo dijo que se cumplió con el artículo 67 de dicha Ley con todas las garantías del debido proceso.
---	---

1.3. Fallo Impugnado de Primera Instancia (Fls. 137 a 168 C1)

El juez de primera instancia mediante sentencia del 06 de septiembre de 2016 negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida, en dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Para llegar a esta decisión el *a quo* señaló en audiencia inicial que el problema jurídico se delimitaba a determinar si se hallan viciadas de nulidad las Resoluciones Nos. 0393 del 15 de julio, 0763 del 12 de noviembre, ambas de 2014 y 0418 del 17 de julio de 2015 por la transgresión de las normas de carácter constitucional y legal invocadas por la sociedad accionante, esto es si se vulneró el debido proceso y la defensa de la demandante, por (i) desconocimiento del principio de tipicidad al haber sancionado a la demandante sin que existiera transgresión normativa alguna; (ii) infracción del principio de confianza legítima al no haberse establecido claramente el objeto de la visita realizada a la demandante el 5 de octubre de 2011; (iii) no haberse indicado, en la diligencia de notificación de la sanción, la procedencia de los recursos en contra de la misma y, (iv) fijar el monto de la multa sin atender los criterios contemplados en el artículo 66 y 67 de la Ley 1341 de 2009.

Previo a fallar, el Juez de primera instancia efectuó el decreto de pruebas, en el cual negó la práctica de un Dictamen pericial, un interrogatorio de parte y algunos testimonios solicitados por la parte demandante quien interpuso recurso de apelación insistiendo en la práctica de los testigos, el cual fue concedido en efecto devolutivo y se dispuso su trámite conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 324 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

En el desarrollo de la providencia, la juez de instancia en sus consideraciones decantó los hechos probados con base en los antecedentes administrativos allegados al expediente, para posteriormente pasar a resolver los problemas

jurídicos planteados en la fijación del litigio, los cuales en efecto son derivados de los cargos presentados por el demandante. Así, en principio aborda lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política frente al Debido Proceso y sus garantías, el cual es complementado con un pronunciamiento de la Corte Constitucional, para advertir que con la aplicación del debido proceso en la actuación administrativa, se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la Ley para el desarrollo del proceso administrativo que culminó en el caso en concreto con sanción.

- **Para establecer si se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la demandante, se verifica si existió desconocimiento del principio de tipicidad al haber sancionado a la sociedad actora sin que existiera transgresión normativa alguna.**

El *a quo* advierte que, según el actor, se le imputó una norma inexistente, esto es el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 1341 de 2009, ante lo cual aclaró el fallador que en efecto existió un error mecanográfico, por cuando dicho artículo 11 no contiene ese numeral, situación que encuentra irrelevante dado que la investigación se centró también en el numeral 3° y párrafo del artículo 64 de la norma antes referida. Por lo cual se concluyó que en la investigación administrativa se respetaron los principios de legalidad y tipicidad por cuanto (i) la norma era preexistente; (ii) la disposición por la que se abrió investigación estaba vigente y (iii) es claro que las normas imputadas a la accionante, consistían en determinar el uso irregular del espectro radioeléctrico por parte de la actora.

Por otra parte, analizó el juzgado, si el demandante desconoció lo establecido en el artículo 11, el numeral 3 y párrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, ante lo cual identificó que, para tener acceso al uso del espectro radioeléctrico, se requiere obtener, un permiso previo y expreso otorgado por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo que su uso sin la respectiva habilitación, constituye una infracción normativa susceptible de ser sancionada. A continuación, revisó el contenido de la Resolución N° 0393 del 15 de julio de 2014 por medio de la cual se impuso sanción de multa, destacando que se formuló pliego de cargos basado en: (i) la sociedad accionante contaba con el permiso respectivo para el uso del espectro radioeléctrico vencido, pues, mediante resolución N° 001460 del 8 de julio de 2005 se le había concedido hasta el 31 de diciembre de 2010, lo que originó que se practicara una visita a la actora para verificar su uso y, (ii) al momento de realizar la misma, el 5 de octubre de 2011, se encontró que la empresa aún usaba el espectro en la frecuencia 164,00 MHz, programada en equipos radio de base y sistema irradiante de la misma, visita que, tal como consta a folios 29 a 347 del cuaderno N° 2, fue atendida por el Gerente de la empresa accionante y suscrita por él mismo.

Ahora, revisados los descargos presentados por el Gerente de la empresa actora y las pruebas obrantes en expediente de la actuación administrativa, terminó por concluir el *a quo* que:

“(...) la Agencia Nacional del Espectro - ANE no desconoció el debido proceso de la accionante ni los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto la conducta sancionada está prevista en el ordenamiento jurídico y en consecuencia, no es acertado afirmar que el ente supervisor no haya precisado: (i) cuál de los tipos se desconoció; (ii) por qué el comportamiento endilgado fue contrario al ordenamiento jurídico o (iii) que se haya sancionado por una conducta no descrita en el acto administrativo mediante el cual se le formuló cargos a la demandante, pues, como antes se puso de presente, la administración fue clara al expresar que la conducta censurada era contraria al artículo 11 y numeral 3 y parágrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, la cual constituye una infracción de acuerdo con lo previsto en esa ley, y que debía ser sancionada conforme a lo contemplado en el artículo 65 ibidem.

Así mismo, teniendo en cuenta lo anterior, considera el Despacho que no se desatendió dichos derechos y principios, en razón a que, como se pudo establecer: (i) la sanción impuesta a la misma fue congruente con la formulación de cargos hecha por el ente demandando y (ii) sí se incurrió por la actora en la infracción a las normas imputadas, toda vez que, el objeto de la visita fue claro, la actora tenía el permiso para el uso del espectro vencido, se evidenció el uso del mismo, no informó al Ministerio respectivo los presuntos daños en la frecuencia por interferencia y, no aportó la autorización vigente del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para tal efecto.”.

Por lo cual indicó que el presente cargo no tenía vocación de prosperidad.

- **¿Existió infracción del principio de confianza legítima al no haberse establecido claramente el objeto de la visita realizada a la demandante?**

Resaltó el *a quo* que para sustentar dicho cargo la parte demandante indicó que los funcionarios que realizaron la visita no fueron claros en establecer el objeto de la misma, pues, tenían la convicción de que la misma consistía en parte del trámite para la renovación de su licencia para el uso del espectro, ante lo cual, verificó el Juez el contenido del artículo 83 de la Constitución Nacional, contrastándolo con el acta suscrita en la visita efectuada a las instalaciones de la empresa actora, en la que se encontraba establecido con claridad su objeto, esto es, la supervisión del uso adecuado del espectro, por lo que encontró que la obligación de contar con el permiso para el uso del espectro era preexistente y la administración no sorprendió con cambios bruscos a la demandante, máxime cuando la actora ya contaba con el permiso, pero éste se encontraba vencido, por tanto, la demandante no podía usar el espacio radioeléctrico.

Encuentra igualmente que la entidad demandada no debía haber fijado una fecha previa para realizar la visita de vigilancia y control, por cuanto ello no está dispuesto por ninguna norma, en consecuencia, negó dicho cargo.

- **¿Vulneró el debido proceso la demandada al indicar en el acta de la diligencia de notificación que, contra el acto de sanción, no procedían recursos?**

El *a quo* destaca que, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional, la

finalidad de la notificación de los actos administrativos se concreta con la realización del principio de publicidad para determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contiene el acto, y segundo para garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por los ciudadanos legitimados para el efecto.

En el caso en concreto, se evidencia que en la notificación del acto administrativo sancionatorio, se le entregó al Representante Legal de la empresa demandante, una copia del mismo, en el cual se establece con claridad la procedencia de recursos en su contra, por lo que, pese a la imprecisión del acta de notificación, la parte demandante por intermedio de su abogado interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión sanción, que igualmente fueron resueltos por medio de los demás actos aquí demandados. Por ello, no encontró llamado a prosperar este cargo.

- **¿Tuvo en cuenta la ANE para imponer la multa a la actora, los criterios contemplados en los artículos 66 y 67 de la Ley 1341 de 2009?**

Recordando los parámetros generales para definir una sanción, su clase y monto, el Juez retoma el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, teniendo en ellos, 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, los cuales indica deben ser vistos en estrecha relación con el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo. En este orden expresó:

“De ahí que, se observa que la administración sí valoró criterios tales como la gravedad de la falta, el daño producido al derecho y principio de igualdad de los usuarios de las comunicaciones debidamente autorizados y el uso ilegal de un bien público y escaso, pues la multa fue el resultado del incumplimiento normativo por parte de la demandante.

(...) En este orden de ideas, como la demandada tasó la multa en 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no resulta desproporcionada, pues este último monto solo corresponde a un bajo porcentaje del máximo que se podía imponer. En consecuencia no es posible aducir que se haya inobservado el artículo 65 de la ley antes mencionada, pues tal decisión discrecional se adecuó a los fines de la norma.”.

Así las cosas, al verificar y analizar cada uno de los cargos propuestos por la demandante, encuentra el fallador de primera instancia que no logró la sociedad actora desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña las resoluciones demandadas, por lo cual dispuso negar las pretensiones solicitadas.

1.5. Recurso de apelación Interpuesto por la demandante - la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A. (Fls. 171 a 184 C1)

El apoderado del extremo actor afirma en sus motivos de inconformidad que los actos administrativos demandados si violaron su debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual la apreciación y valor probatorio hecha por el juzgado de

primera instancia no fue correcta y constituye un error de hecho.

Posteriormente retoma los argumentos referentes a la visita hecha el 5 de octubre de 2011 por funcionarios de la entidad demandada, con lo cual expresa que el juzgado de primera instancia refiere aceptación de las irregularidades de la ANE al desconocer las manifestaciones aclaratorias posteriores hechas por el Representante Legal de la empresa que participó en la cuestionada visita de vigilancia y control.

Afirma en otro de sus argumentos que resulta reprochable e impregna de nulidad los actos administrativos demandados, que la ANE no realizara un análisis profundo, concreto y suficiente de las causales previstas en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, esto a la hora de imponer una sanción, lo cual en su criterio impacta en que el afectado pueda ejercer su derecho de defensa de manera coherente y clara, por cuanto no se observa la forma en que se dosificó la sanción, resultando ello en una vulneración del debido proceso y el derecho de defensa que impide a la parte investigada adelantar una defensa acorde con la imputación. Acompañado a ello, refuta la omisión del juzgado de primera instancia al no exigir el análisis completo u objetivo de todas las causales de ley.

El apelante complementa lo anterior con su reclamo por la ausencia de una normativa clara y válida que defina los criterios para determinar los máximos, mínimos e intermedios para imponer una sanción, lo cual afecta la objetividad de la ANE e impide a la parte actora conocer la manera cómo se determinó el valor a pagar de multa.

Adicionalmente, hace énfasis en la alegada indebida notificación, exponiendo la gravedad de que a su cliente en el acto de notificación de la sanción le indicaran que contra la decesión puesta en su conocimiento no procedía ningún recurso, lo cual impactó su estado anímico y dilató la posibilidad de atender su defensa, al respecto afirmó:

“En el caso que nos ocupa, las normas vigentes, en especial la Ley 1341 de 2009 y los decretos que la reglamentan indican con claridad que contra los actos sancionatorio de esta naturaleza proceden los recursos de ley, lo cual es replicado en el texto de la resolución 000393 de 2014. Sin embargo, el acto de notificación, de manera errática los niega. Con esta ambigüedad crasa y el efecto anfibológico que produce, se genera incertidumbre en el notificado, que ve abiertamente vulnerados sus derechos por virtud de una indebida notificación.”

Por último, retoma el tema de suficiencia probatoria, con lo cual indica que la entidad que adelanta la investigación administrativa está en la obligación de acreditar que en efecto se incurrió en un uso ilegítimo del espectro. Afirma entonces que no existe en el plenario prueba para sancionar, extraña entonces la práctica de una prueba técnica idónea que permitiera llegar a la convicción de una utilización indebida del espectro. Concluye expresando que le corresponde al Estado probar la utilización indebida del espectro radioeléctrico, y no transferir al investigado la carga de probar que contaba con autorización para ello.

En esos términos se presenta el recurso de apelación y solicita que se Revoque en su integridad la sentencia impugnada y en su defecto acojan las pretensiones de la demanda.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto Interlocutorio No. 2017-07-194 del 18 de julio de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado por el apoderado de la Empresa Especiales El Dorado S.A., contra la Sentencia del 06 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en la cual se negaron las pretensiones de la demanda (Fls. 4 y 5 C2).

El 28 de septiembre de 2017 con el Auto de Sustanciación N° 2017-09-246 se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión al considerarse innecesaria la audiencia de que trata el numeral 4 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Fls. 9 y 10 C2).

La parte demandante y demandada presentaron sus alegaciones finales y el Ministerio Públicos su concepto final.

2.1 Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en segunda instancia

En el escrito de alegatos de conclusión presentado en segunda instancia el 13 de octubre de 2017 **la parte demandante** (Fls. 17 a 39 C2) reiteró los argumentos expuestos en la demanda y los fundamentos desarrollados en el recurso de apelación impetrado, haciendo énfasis en el desconocimiento o inaplicación de los criterios del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para fundamentar la sanción impuesta, ocasionando una falta de valoración concreta, detallada y suficiente de las razones de hecho y de derecho que motivaran la sanción de multa y su cuantía. Con lo cual insiste en que la entidad demandada asumió un criterio subjetivo para fijar el monto de la sanción, y que no cuenta con una norma espacial que le determine los máximos, los mínimos y los intermedios de las multas.

La parte demandada presentó alegatos finales el 06 de octubre de 2017 (Fls. 12 a 16 C2), reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y haciendo énfasis en la inexistencia de violación a los derechos del debido proceso y defensa en el desarrollo del trámite administrativo surtido y en el que se derivaron los actos atacados, específicamente destaca también que debido a la naturaleza jurídica del asunto, no es posible que en un caso se configuren todas las causales dispuestas en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, según la exigencia que invoca la demandante en su aplicación, pues se generaría una talanquera injustificada para la administración y tornaría nugatorio el poder coercitivo con el que cuenta la administración en el evento en que uno de los criterios no se haga verificable.

Por su parte, el **Ministerio Público** emitió concepto el 30 de octubre de 2017 (Fls. 40 a 49 C2), en el cual destacó que en el caso en concreto se logró demostrar que la sociedad Expresos Especiales El Dorado estaba haciendo uso del espectro radioeléctrico sin contar con el permiso que otorga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Por otro lado, destaca la facultad de la ANE para de oficio o a petición de parte, realice las investigaciones necesarias para determinar la culpabilidad de las empresas que infrinjan lo dispuesto en la reglamentación del espectro radioeléctrico.

Por último, afirma que la entidad demandada respetó el debido proceso desde el inicio de la investigación, en donde su Gerente tuvo la oportunidad de objetar los procedimientos con los que tuviera desacuerdo, y considera que la sanción impuesta fue congruente con los hechos y el daño causado, por lo que los actos administrativos se encuentran suficientemente motivados, ajustados a las normas y solicita se confirme la sentencia apelada.

Para resolver, las Sala desarrolla las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

En virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación, en atención a que “*Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos...*”, como quiera que en el *sub lite* se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, que pertenece al Distrito Judicial Administrativo que preside el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3.2. Legitimación para recurrir

La parte demandante se encuentra legitimada para recurrir, por cuanto la decisión emitida resultó adversa a sus intereses al negar las pretensiones de la demanda, es decir, que le fue desfavorable la providencia emitida.²

Por último, al tratarse de un apelante único, conmina la Sala a que el pronunciamiento de la segunda instancia sea exclusivamente sobre lo que es materia de impugnación, tal y como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de la remisión expresa contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, por lo que las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez de segunda instancia a esos argumentos concretamente y por tanto, no puede en principio esta Judicatura manifestarse frente a los pronunciamientos que no fueron objeto de impugnación. Así mismo, el Despacho no hará referencia a los aspectos fácticos planteados por las partes que no hacen parte del debate jurídico

² Artículo 320 del Código General del Proceso.

del caso en concreto y que tampoco se encuentran acreditados probatoriamente en el expediente.

3.3. Planteamiento del Problema Jurídico principal y sus asociados.

En ese orden de ideas, para la Sala el **problema jurídico principal** consiste en determinar si los actos administrativos demandados, esto es, si la Resolución N°0393 del 15 de julio de 2014, mediante la cual se impone una sanción administrativa por parte de la Agencia Nacional del Espectro consistente en una multa de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes; la Resolución N° 763 del 12 de noviembre de 2014 que modificó el artículo segundo reduciendo la multa a 90 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes estos a CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS MCTE (\$57.992.000) igualmente concedió el recurso de apelación; y la Resolución N°418 del 17 de julio de 2015, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma en su totalidad la decisión impugnada, fueron expedidas o no violando los principios del debido proceso, legalidad, defensa, tipicidad, y con inobservancia de los criterios de dosificación sancionatoria y proporcionalidad establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Sin embargo, para resolver con mayor precisión el anterior problema jurídico debe abordarse previamente los siguientes **problemas asociados**:

- i) ¿Actuó la Empresa Expresos El Dorado S.A., observando los términos señalados en el artículo 11, el numeral 3 y parágrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009?
- ii) ¿Impuso la Agencia Nacional del Espectro a la Empresa Expresos El Dorado S.A., multa equivalente a 90 SMLMV de acuerdo con los criterios de dosimetría y proporcionalidad de la sanción?

En este contexto se determinará entonces, si la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá debe ser confirmada, modificada o revocada.

3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver la Sala abordará i) el marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones y de forma específica para el uso del espectro radioeléctrico; ii) análisis del primer cargo de nulidad, violación del debido proceso por: a) irregularidades en la visita de vigilancia, b) indebida notificación y c) falta de suficiencia probatoria; iii) Análisis del segundo cargo de nulidad: infracción de las normas por inobservar los criterios leales para la definición de la sanción y desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta.

3.4.1. Marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones y de forma específica para el uso del espectro radioeléctrico

Sobre el marco jurídico en el cual se desarrolla el tema que nos convoca, esto es el uso del espectro electromagnético, incluido el radioeléctrico, debe indicarse que éste es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (artículo 75 CN), respecto de su propiedad, esta se encuentra en cabeza de la Nación (artículos 101 y 102 CN), el artículo 18 del Decreto - Ley 1900 de 1990, establece que *“es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes”*.

En esa medida, la Ley 1341 de 2009³ dispone que le corresponde al Estado intervenir en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así, procedió a establecer el marco general para la formulación de las políticas públicas, garantizando el uso adecuado del espectro radioeléctrico, como la organización del mismo, tal y como se observa a continuación:

“ARTÍCULO 4o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

- 1. Proteger los derechos de los usuarios, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, y a la familia velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios, y la promoción de la digitalización de los trámites asociados a esta provisión.*
- 2. Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal.*
- 3. Promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea.*
- 4. Promover la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red.*
- 5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.*
- 6. Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando*

³ 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.

a poblaciones vulnerables.

7. Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán jurídica y económicamente por los daños causados a las infraestructuras.

8. Promover la ampliación de la cobertura del servicio.

9. Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

10. Imponer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones obligaciones de provisión de los servicios y uso de su infraestructura, por razones de defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública.

11. Promover la seguridad informática y de redes para desarrollar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

12. Incentivar y promover el desarrollo de la industria de tecnologías de la información y las comunicaciones para contribuir al crecimiento económico, la competitividad, la generación de empleo y las exportaciones.

13. Incentivar la inversión para la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y propender por la protección del medio ambiente y la salud pública.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará lo pertinente al cumplimiento de los anteriores fines, teniendo en cuenta las necesidades de la población y el avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como el estado de desarrollo de la Sociedad de la información en el país, para lo cual, se tendrá en cuenta la participación de todos los actores del proceso, en especial a los usuarios. (...) (resalta la Sala).

Así mismo su artículo 11 señala que para el acceso al uso del espectro radioeléctrico se requiere un permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en los siguientes términos:

(...) El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes. En aquellos

casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa.

En la asignación de las frecuencias necesarias para la defensa y seguridad nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá en cuenta las necesidades de los organismos de seguridad del Estado. El trámite, resultado e información relativa a la asignación de este tipo de frecuencias tiene carácter reservado. El Gobierno Nacional podrá establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y bandas exentas del pago de contraprestaciones entre otras para programas sociales del Estado. (...)”.

Ahora, en este mismo cuerpo normativo se estableció en el Título IX un régimen de infracciones y sanciones con el fin de mantener el normal funcionamiento de la normatividad del sector, dentro del cual se observa en el artículo 64 la individualización de las infracciones al ordenamiento del sector de telecomunicaciones, de las cuales devienen las sanciones establecidas en el artículo subsiguiente, con lo cual se estructura el marco normativo para la adecuación de las conductas transgresoras y su consecuencia jurídica.

A su turno, como parte integrante de la normatividad del sector de las telecomunicaciones se dispuso claramente en el Parágrafo del artículo 64, que la ausencia de un permiso previo para el uso del espectro se considera clandestino, con implicaciones de orden penal o administrativo.

En el caso en concreto se observa que a la empresa Expresos El Dorado S.A., por medio de la Resolución N° 001460 del 5 de octubre de 2005 le fue otorgado el permiso hasta el 31 de diciembre de 2010 para el uso del espectro, pero de acuerdo al acto de apertura de investigación administrativa, el Subdirector de Vigilancia y Control de la ANE, estima que la empresa demandante se encontraba haciendo uso del espectro radioeléctrico sin el debido permiso, pues su vigencia se encontraba vencida a la fecha en que se le realizó una visita de vigilancia y control por parte de la ANE.

3.4.2. Análisis del primer cargo: Violación del principio del debido proceso:

a) Irregularidades en visita de vigilancia

La empresa demandante afirma que el día 5 de octubre de 2011 se realizó una visita en sus instalaciones por parte de funcionarios de la entidad demandada, la cual fue atendida por su Representante Legal, quien entendió que dicha inspección se trataba de un procedimiento de rutina dentro del trámite de concesión de una nueva licencia para operar telecomunicaciones, el cual habían iniciado meses atrás, y no de una visita de vigilancia y control para verificar la utilización del espectro radioeléctrico, por lo cual no realizó ninguna objeción o dejó constancia de inconformidad previo a firmar el acta de dicha diligencia, argumento que posteriormente expuso en los recursos interpuestos dentro del

trámite administrativo sancionatorio, e incluso en el curso de la primera instancia del presente proceso, considerando que fueron desconocidos por la entidad y replicado dicho proceder por parte del *a quo*.

El anterior argumento cobra relevancia por cuanto hasta esta última instancia la parte demandante hizo énfasis en que las irregularidades suscitadas en dicha diligencia afectaron de manera estructural su derecho de defensa y con ello el debido proceso que debió observarse en el proceso administrativo, por lo cual la Sala encuentra menester realizar las siguientes precisiones:

Sin duda con la visita de Control Técnico del Espectro que efectuó la ANE en las instalaciones de la empresa demandante, surgió un informe en el que se informó el hallazgo de una presunta utilización del espectro radioeléctrico sin el respectivo permiso vigente del Ministerio TIC, esto soportado en las muestras tomadas con espectrogramas, por lo cual le fueron imputados cargos a la parte actora, quien en sus descargos refutó en principio el objeto de la visita, pues afirma que no se informó previamente, ni se efectuó citación alguna en la que se pudiera determinar que la finalidad de la diligencia era verificar el presunto uso del espectro, ni en el desarrollo de la misma, por lo que su Representante Legal consideró que se trataba de un trámite distinto y no actuó en consonancia con la manifestación de objeciones u observaciones. Posteriormente la ANE ponderó los presupuestos fácticos con el contenido obligacional dispuesto por la reglamentación del sector de las Telecomunicaciones para el acceso al uso del espectro y derivó que la empresa investigada no contaba con el respectivo permiso vigente y por ello se configuraba el uso clandestino del espectro, y era procedente la imposición de una sanción de multa, que dentro de la oportunidad fue recurrida por la afectada.

Se pasa a verificar en qué contexto se efectuó la visita de la entidad demanda, y las facultades de la misma para aplicar sanciones por la presunta falta identificada en su desarrollo, por lo que lo procedente entonces será valorar las pruebas obrantes en el expediente administrativo allegado al proceso, del cual se destaca:

Manifestó el Subdirector de Vigilancia y Control de la Agencia Nacional del Espectro en el Acto Administrativo de N° 000044 del 3 de febrero de 2014 que, con el fin de llevar a cabo la verificación de parámetros técnicos, se incluyó en el Plan Anual de visitas de Vigilancia y Control a la empresa hoy demandante, y para la ejecución del mencionado Plan, previo a la visita, la entidad consultó su sistema de información y bases de datos Zaffiro, indicando que:

“4.1.1 Revisada la información existente a través de los sistemas de información y bases de datos del ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se logró establecer que al investigado le fue otorgada concesión mediante la licencia para desarrollar actividad de telecomunicaciones, autorización para el establecimiento de una red privada y permiso para usar el espectro radioeléctrico asignado para la conformación de la red autorizada, hasta el 31 de diciembre de 2010, el sistema operará de acuerdo con el área de servicio y cuadro de características técnicas de la red No. 016069 del 28 de julio de 2005, mediante Resolución No. 001460 del 8 de julio de 2005.

4.2 El día 05 de octubre de 2011, la Agencia Nacional de Espectro, realizó visita de Control Técnico del Espectro (CTE) a la empresa EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO LTDA EXPRELDORADO LTDA, hoy EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO S.A. EXPRELDORADO S.A., en las instalaciones ubicadas en la calle 181 N No. 8-52 de Bogotá D.C., departamento de Cundinamarca, atendida por el señor JOSE ENRIQUE VALDERRAMA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.285.206 de Bogotá, en calidad de Gerente, detectando de acuerdo con el Acta No. 00011397-051011 de verificación del espectro radioeléctrico, el PRESUNTO USO ILEGAL DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO de la frecuencia 164,00 MHz, programadas en equipos radio base de comunicaciones y equipos de radios móviles, además de registrar el uso de un sistema irradiante en el sitio de verificación. (...)”.

Visto entonces el Auto de apertura de la investigación y el Acta No. 00011397-051011 de la Visita de Control Técnico del Espectro (CTE) a los Proveedores de Redes y/o Servicios de Telecomunicaciones, se reconstruye de manera concreta el contexto y objeto de la cuestionada visita por la parte actora, así mismo se resalta en el Acta que se encuentra dicho de manera expresa que los datos generales y técnicos consignados en ella corresponden a la información suministrada por el proveedor, los datos de mediciones son los que efectivamente se dieron como resultado de las mismas, con lo que la ANE se reserva el derecho de realizar nuevas visitas de verificación y confirmación de datos del proveedor, cuando sea necesario, documento que se firmó entonces por un Ingeniero y un técnico de la ANE, y el Gerente de la empresa proveedora de red. (Fls. 32 a 34 y 38 a 40 C2).

Ahora, es necesario recordar que en la multicitada Ley 1341 de 2009 se definieron entre otros aspectos el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, la regulación, control y vigilancia del sector de las TIC, y pese a las múltiples modificaciones que ha tenido la estructura del MINTIC, se trae a colación la siguiente reglamentación contenida en el numeral 4 del artículo 26 *ibidem*, en la que se dispone que es función de la Agencia Nacional del Espectro - ANE, ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, y en el numeral 10 indica que la entidad adelantará las investigaciones a que haya lugar por infracciones al régimen del sector aplicable, por su parte los Decretos 093 de 2010, 4169 de 2011 y la Resolución 098 de 2015, por lo que refieren las competencias de la ANE para adelantar las actuaciones administrativas e imponer sanciones por infracciones al régimen del espectro.

Por lo anterior, queda clara la potestad de la ANE para sancionar por las infracciones constituidas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, pero con ajuste a las prescripciones de los artículos 65, 66 y 67 *ibidem*. Por lo cual se tiene clara la competencia de esta Agencia para iniciar, tramitar y resolver los procesos administrativos mediante la expedición de los actos hoy acusados.

De este modo, la Sala corrobora que no se evidencia irregularidad alguna en el desarrollo de la Visita de Control Técnico del Espectro (CTE) a los Proveedores de

Redes y/o Servicios de Telecomunicaciones, que tuvo lugar el día 5 de octubre de 2011 en las instalaciones de la empresa demandante, además se verificó que la misma se adelantó en ejecución de las facultades con que cuenta la ANE de vigilancia y control, y que por su naturaleza, no era obligatorio que la entidad pusiera en previo aviso al proveedor de la realización de la misma, su fecha y hora, siendo estas competencias legales necesarias para lograr el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico y que por demás estuvo avalada, acompañada y suscrita por el Gerente de la empresa quien no advirtió observación o irregularidad alguna en el acta suscrita.

b) Indebida notificación

Manifestó igualmente a lo largo del proceso y reiteró en su recurso de apelación la parte actora, que su derecho al debido proceso y de defensa, le fue transgredido por la imprecisión del acta de notificación del 17 de julio de 2014, en la que hay una casilla en la que se aprecia la afirmación “*contra el acto administrativo que se notifica no procede recurso alguno*”, y pese a que en el Acto Administrativo de sanción (Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014), en su artículo cuarto se informa que contra dicha decisión procede el recurso de reposición y el de apelación, de conformidad al artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la entidad demandada confundió al demandante e incumplió la finalidad de la notificación de los actos administrativos que se concreta con la realización del principio de publicidad para determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contiene el acto, y segundo para garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por los ciudadanos legitimados para el efecto.

Planteado dicho argumento, encuentra necesario la Sala dilucidar lo relacionado al principio de publicidad y el debido proceso en la notificación de los actos administrativos en los procesos administrativos que adelanta la ANE.

Es claro que la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos mediante actos administrativos, así adopta decisiones unilaterales que pueden ser de carácter individual, general o colectivo o mixto, que en todo caso son el producto del ejercicio del poder público en su modalidad de función administrativa, el cual debe ser objeto de control, de ser necesario, para asegurar el derecho al debido proceso, pero dicho control sólo se asegura si el asociado conoce o puede conocer lo que la Administración decide, y es por esto que la función administrativa se rige, por el principio de publicidad tal como lo indica el artículo 209 de la Constitución Nacional.

En desarrollo de este precepto constitucional, el numeral 9 del artículo 3 de le Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ordena “9. *En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este*

Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma”.

Ahora bien, se hace necesario precisar que en los actos administrativos se distinguen los presupuestos de **existencia**, de **validez** y de **eficacia final**.

- Los presupuestos de existencia son aquellas exigencias sin las cuales el acto no se configura como tal y por ende no surge a la vida jurídica.
- Los presupuestos de validez son aquellas condiciones de un acto existente que determinan que sea valorado positivamente por encontrarse ajustado al ordenamiento o, con otras palabras, que si el acto es sometido a un juicio de validez no permiten que le sobrevenga una valoración negativa.
- Los presupuestos de eficacia final son aquellos requisitos indispensables para que el acto existente y válido produzca finalmente los efectos que estaría llamado a producir.

En esa medida, no debe olvidarse que mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al disponer que *"los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...)”*.

Constituyen presupuestos de existencia la expresión del designio o voluntad de la Administración, el objeto o materia sobre la cual recae y la causa o motivo que induce a la decisión de esta. Son presupuestos de validez el sometimiento del acto al ordenamiento jurídico y el cumplimiento de las formalidades sustanciales que se exigen para su producción. Y son los de eficacia final, la publicidad del acto, la firmeza jurídica y la ausencia de la pérdida de su fuerza de ejecutoria.

Concretamente sobre la publicidad de los actos administrativos como presupuesto de eficacia, el artículo 65 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que *"los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados (...)”*, y el artículo 72 ibídem que *"sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión (...)”* (resalta la Sala).

Así que entonces, como puede observarse, la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que aquellos puedan producir los efectos a que están destinados.

En otras palabras, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, sólo impactan en su eficacia final, y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de

inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo.

Tal consecuencia, que ahora se reitera en esta providencia, ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar:

"... la falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, fenómenos que tienen efectos equivalentes según lo preceptuaba el decreto Extraordinario No. 2733 de 1959 y no lo dispone hoy el Decreto Extraordinario No. 01 de 1984, no es causal de nulidad de los mismos; en efecto, dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala ley (y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual -a su turno- es requisito necesario para su ejecución válida.

En otros términos, la notificación del acto administrativo no dice la relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se sanará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular.

*Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contra lar jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial."*⁴.

Siendo entonces, los requisitos del acto administrativo: existencia, validez y eficacia, las circunstancias que afecten su validez son las que dan lugar a su nulidad, es claro también que la existencia y la validez del acto son cuestiones diferentes a su ejecución, siendo lógico concluir que las faltas cometidas en ésta última no determinan la invalidez de aquel.

Por consiguiente, el acto administrativo que se encuentra viciado en su publicidad por haberse omitido la notificación o por haber sido ésta indebidamente realizada, tendría dificultad para ser ejecutado, producir sus efectos o ser oponible ante terceros, pero dicha situación no afectaría de nulidad el acto, por cuanto la notificación no es un requisito implícito a su validez, y por tanto su legalidad no se vería alterada.

En este orden de ideas, se hace necesario invocar la norma especial dispuesta en la Ley 1341 de 2009, la cual en su Título IX dispone el "Régimen de infracciones y

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 2.431.

sanciones” y en su artículo 67 se prevé el procedimiento general para determinar si existe una infracción a dicha norma del sector de las telecomunicaciones, para lo cual se trae el texto del artículo citado vigente para la fecha en que se adelantó el trámite administrativo, dentro del cual se expidieron los actos administrativos atacados en el presente proceso.

“ARTÍCULO 67. *Para determinar si existe una infracción a las normas previstas en esta ley se deberá adelantar una actuación administrativa que estará siempre precedida de las garantías del debido proceso, el cual incluye el derecho de defensa y contradicción. A dicha actuación se aplicarán las siguientes reglas:*

1. La actuación administrativa se inicia mediante la formulación de cargos al supuesto infractor, a través de acto administrativo motivado, con indicación de la infracción y del plazo para presentar descargos, el cual se comunicará de acuerdo con las disposiciones previstas en este artículo.

2. La citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla, y si el citado tuviere domicilio en el país; si lo tuviere en el exterior, se entenderá cumplida al cabo del vigésimo día. Las publicaciones se entenderán surtidas al cabo del día siguiente a aquel en que se hacen.

3. Una vez surtida la comunicación, el investigado tendrá un término de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos y solicitar pruebas.

4. Presentados los descargos, se decretarán las pruebas a que haya lugar y se aplicarán en la práctica de las mismas las disposiciones previstas en el proceso civil.

5. Agotada la etapa probatoria, se expedirá la resolución por la cual se decide el asunto, que deberá ser notificada y será sujeta de recursos en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo.” (resalta la Sala).

En el caso en concreto afirmó el demandante que se dio una indebida notificación por cuanto en el *Acta de notificación* del acto sanción, se dijo que contra dicha decisión no procedían recursos, pero jurídicamente estos si estaban habilitados, frente a este reparo, debe señalarse por un lado, que en el *Acto Administrativo* (Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014), en su artículo cuarto si se informa que contra dicha decisión procede el recurso de reposición y el de apelación, de conformidad al artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que tal irregularidad del acta no hacía nugatorio su derecho a impugnar porque el propio acto administrativo lo consagró expresamente y efectivamente lo hizo el demandante, y por otro lado, aclarar que lo dispuesto por la norma es que si no se le indican al interesado los recursos que proceden, puede acudir directamente al Juez contencioso administrativo para

controvertir la legalidad de los actos.

En efecto, la Ley 1437 del 2011 en su artículo 161, inciso segundo del numeral 2 indica: *“Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”*, pero ello no significa que por el hecho de que no se le señalaran los recursos procedentes, esa circunstancia invalide el acto, genere una nulidad, dado que la ley está otorgando al administrado una prerrogativa, la de no estar obligado a agotar los recursos que no se le indicaron y poder ir directamente acudir al Juez natural para demandar su nulidad.

Por último, se hace necesario advertir que en el caso en concreto la parte actora en su demanda y a lo largo del trámite de primera instancia solicitó la nulidad de las Resoluciones N° 000393 del 15 de julio de 2014, N° 000763 del 12 de noviembre de 2014 y N° 000418 del 17 de julio de 2015 por medio de las cuales la ANE impuso sanción de multa y resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos, advirtiendo la violación del debido proceso por la “irregularidad” en el acta de notificación del Acto de sanción, que como ya se indicó, afirma le generó un impacto en el estado de ánimo del Gerente y retrasó la búsqueda de su defensa técnica, con lo que una vez expuesto todo el anterior análisis, encuentra la Sala que dicho evento no afectó la validez del acto administrativo notificado, frente al cual se evidencia en el expediente además, que la empresa sancionada ejerció su derecho de defensa e interpuso los recursos correspondientes.

c) falta de suficiencia probatoria

Echó de menos en su recurso de apelación la parte actora la suficiencia probatoria para soportar la decisión sancionatoria, y en especial reprocha la lamentable ausencia de una prueba técnica idónea que acreditara si en efecto la empresa incurrió en la trasgresión normativa referida en el pliego de cargos, frente a lo cual se destaca que en la audiencia inicial el juez de primera instancia efectuó el decreto de pruebas, en el cual negó la práctica de un interrogatorio de parte, algunos testimonios y de un Dictamen pericial, este último, solicitado en los siguientes términos: *“se decreta una prueba pericial con personas o entidades idóneas y calificadas que permita elucidar (sic) si los equipos demandantes utilizaron o no el espectro radioeléctrico durante el periodo señalado en la resolución 000393 de 15 de julio de 2014 expedida por la ANE.”*, ante dicha negativa, la apoderada de la parte actora sólo interpuso recurso de apelación contra la negativa de los testimonios, con lo que se indica que se encontraba conforme con los demás aspectos de la decisión.

En este punto se hace necesario recordar que, para que el medio de prueba pueda habilitar una nulidad sobre la no práctica o negativa de práctica de una prueba, se requiere que las solicitudes probatorias se hayan hecho en el proceso administrativo, luego de que no se hubieran practicado o se denegaran, debió pedir las en la demanda judicial dentro de las oportunidades procesales dispuestas

para ello, y que el juez contencioso hubiese decretado y practicado tales pruebas, es decir que se encontraran acreditados los requisitos de pertinencia, utilidad y necesidad del medio de prueba, para que una vez practicadas en sede judicial, tuvieran además, la idoneidad para cambiar la decisión.

Al respecto, pasa a verificar la Sala si en el expediente obran pruebas que permitan brindar certeza de la vulneración normativa alegada por la parte demandada en sus actos administrativos, de ello se encuentra:

1. En el escrito de Descargos radicado por la actora el 18 de febrero de 2014 solicitó se decretaran y practicaran los testimonios de las señoras JULLY SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y MINICA (sic) ANDREA LIZARRALDE PEDRAZA, con el fin de que manifestaran si para el año 2011 la empresa EXPRELDORADO S.A., haya usado RADIOTELEFONOS en sus operaciones, y demás aspectos que el despacho quisiera indagar sobre los hechos de la investigación. (Fls. 52 y 53 C2).
2. Por medio del Acto Administrativo N°000147 del 19 de marzo del 2014 la ANE resolvió en su artículo tercero, denegar las pruebas testimoniales solicitadas, considerando que, el hecho que se pretende demostrar con sus declaraciones ya se encontraba definido con otros medios probatorios incluidos en el expediente, contra dicho acto de acuerdo al artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no procedía recurso alguno. (Fls. 64 y 65 C2).
3. Dada la negativa probatoria, la empresa en memorial del 9 de abril del 2014 reiteró la solicitud del decreto y practica de las pruebas testimoniales, el cual fue resuelto por la entidad el 15 de abril del mismo año, mediante escrito en el que se le recordaba a la investigada que la actuación administrativa al contar con norma especial tiene determinadas oportunidades para solicitar y aportar pruebas. (Fls. 66 a 69 C2).
4. En la demanda radicada el día 30 de noviembre de 2015, la apoderada de la parte actora procedió a solicitar el decreto de las pruebas documentales aportadas en el expediente, una prueba pericial, y como prueba testimonial, que se citara a los señores JOSÉ HERIBERTO MARTÍNEZ MORALES, ÁLVARO CASALLAS HERNÁNDEZ y JOSÉ ENRIQUE VALDERRAMA AMAYA, así mismo petitionó la practica de un interrogatorio de parte del señor OSCAR GIOVANNI LEÓN SUÁREZ.
5. Como ya fue indicado, en el desarrollo de la Audiencia Inicial del día 6 de septiembre de 2016, la juez analizó y concluyó lo siguiente:

“Dictamen Pericial

En relación con el dictamen pericial solicitado en a (sic) folio 115 del cuaderno principal, tendiente a que se precise “si los equipos de la sociedad demandante utilizaron o no el espectro radioeléctrico durante el periodo señalado en la resolución 0393 del 15 de julio de 2014”, el Despacho aclara que de conformidad con los artículos 219 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo, 226 y 227 del Código General del Proceso se eliminó el dictamen pericial, y por

ello, la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial, deberá aportarlo en la respectiva oportunidad. Razón por la cual, se niega el mismo.

Declaraciones

Se niegan los testimonios de los ciudadanos José Heriberto Martínez Morales y Álvaro Casallas Hernández por improcedentes por ser parte en el proceso, nótese que uno de los requisitos del testimonio es su extrañidad del proceso.

De igual forma, se niega la declaración del señor José Enrique Valderrama Amaya por no cumplir con el requisito contemplado en el artículo 212 del Código General del Proceso, que exige que se especifique de manera concreta su objeto. Pues el interesado solo adujo, de manera general, que giraría sobre los “hechos de la demanda”.

Interrogatorio de parte

De conformidad con lo prescrito en el artículo 217 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo y el 195 del Código General del Proceso, se niega por improcedente el interrogatorio de parte del señor Oscar Giovanni León Suárez, pues, este no tiene la calidad de parte demandada en el presente proceso. (...)”.

Notificadas en estrado las anteriores decisiones la parte demandante indicó:

“Frente a la negación del dictamen pericial y las declaraciones de los señores José Enrique Valderrama Amaya y Oscar Giovanni León Suárez, no presento recurso alguno.

Respecto a los testimonios de los señores José Heriberto Martínez Morales y Álvaro Casallas Hernández, interpongo el recurso de apelación, el cual sustento en la presente audiencia.”

Nótese entonces que en el trámite administrativo sancionatorio, la parte demandante si bien pidió la practica de dos testimonios, estos fueron negados con una motivación concreta, y no se pidió o aportó prueba pericial alguna, además en la demanda interpuesta, se solicitó la practica de testigos que diferían de las personas anteriormente requeridas para rendir su declaración, cada una de las pruebas distintas a las documentales, fueron negadas por no cumplir con los requisitos dispuestos en la norma procesal, y se destaca que la parte actora no apeló respecto del Dictamen Pericial que argumentó extrañar en su recurso de apelación como prueba idónea para acreditar los motivos de su defensa.

Con lo cual, como quiera que aquí la parte actora, no logró acreditar la pertinencia, utilidad y necesidad sus pruebas solicitadas, para que una vez practicadas en sede judicial, tuvieran, además, la idoneidad para cambiar la decisión, no podría tenerse como válido que se deberían anularse los actos

administrativos atacados por la simple negativa probatoria, dado que se insiste, se requiere que en sede judicial se acrediten los requisitos necesarios.

Por otro lado, analiza la Sala las siguientes pruebas que sí resultan de aporte para el esclarecimiento del problema jurídico planteado:

- El Acta No. 00011397-051011 de la Visita de Control Técnico del Espectro (CTE) a los Proveedores de Redes y/o Servicios de Telecomunicaciones, en la cual se consignaron los *datos tomados de los equipos* revisados en la visita. (Fls. 32 a 34 C2).

- El análisis de Visita N° 0135 expedido en el mes de mayo de 2012, (Fls. 28 a 32 C2) “Uso ilegal de espectro radioeléctrico de la Empresa Expreso Especial El Dorado S.A., dentro del Caso N° 1307”, elaborado por la Agencia Nacional Electoral del cual se destaca:

La descripción del permiso otorgado para el uso del espectro radioeléctrico (ERE), *“Se otorgó a EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO S.A., la concesión para desarrollar actividad de telecomunicaciones, autorización para la instalación y operación de la red privada y autorización para la instalación y operación de la red privada y permiso para el uso del espectro radioeléctrico mediante Resolución No. 001460 del 08 de julio de 2005, vigente hasta el día 31 de diciembre de 2010 y CCT No. 010069 del 28 de julio de 2005.”*, el cual se registra vencido. Posteriormente se indican los parámetros técnicos objeto de verificación, las características del equipo de medición utilizado, y finalmente el análisis de la información recolectada en campo, aquí describen el funcionamiento de las bases de radiocomunicaciones, del sistema irradiante de la base y la frecuencia de transmisión de la empresa visitada, se concluyó entonces:

“Se realizó verificación de uso de espectro radioeléctrico a la empresa EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO, en en (sic) la calle 101B No.8-52 de Bogotá, de la ciudad de Bogotá D.C, evidenciando el uso ilegal de espectro radioeléctrico de la frecuencia 164,00 MHz, programadas en equipos radio base de comunicaciones y equipos de radio móviles, además de registrar el uso de un sistema irradiante en el sitio de verificación. Cabe recordar que la empresa en mención contaba con autorización para ejercer actividad de telecomunicaciones hasta el 31 de diciembre de 2010.”

Así las cosas, puede afirmarse que no fue ligero el análisis y la conclusión a la que llegó la ANE para afirmar que en el trámite administrativo sancionatorio se logró acreditar la falta a la regulación nacional (sin permiso vigente del uso del espectro) en la que incurrió la parte actora, por cuanto se verificó con la visita y el análisis técnico de la información recaudada, que sí se estaba usando el espectro y su permiso para ello no se encontraba vigente, requisito inamovible para acceder a su uso.

Por tanto, la ANE, en ejercicio de sus facultades legales, adelantó la actuación administrativa aplicando y respetando las garantías procesales de la sociedad investigada, con lo que formuló el pliego de cargos atendiendo al principio del

Debido Proceso, con lo que posterior a un ajustado análisis fáctico, jurídico y probatorio encontró acreditada la violación de las normas de acceso de uso al espectro radioeléctrico, con lo que se dio la procedencia de imponer las sanciones aplicadas al caso en concreto.

En consecuencia, este cargo no prospera, razón por la que la decisión de primera instancia sobre este aspecto es conforme a Derecho.

3.4.3. Análisis del segundo cargo: infracción de las normas por inobservar los criterios leales para la definición de la sanción y desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta

Siguiendo la misma línea argumentativa referida por la Sala *supra* en virtud del principio de especialidad normativa, se traerán a colación las disposiciones que sobre proporcionalidad y dosimetría de las sanciones se encuentran expresamente consagradas en la Ley 1341 de 2009, en el caso en concreto se aclara, es la aplicable por cuanto los hechos que dieron lugar a la sanción se encontraban regidos por dicha norma:

“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.*

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.”

De la disposición normativa en cita se infiere, que las personas jurídicas que infringen el régimen de protección a los derechos del consumidor y usuario de telecomunicaciones, serán sancionadas de un lado con la orden de cesación inmediata de la conducta y de otra parte con amonestación, multas equivalentes a 2.000 SMLMV, suspensión de la operación al público hasta por dos meses y caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

Así mismo, que existe un marco normativo en el que se restringe la discrecionalidad de la Agencia Nacional de Espectro para la imposición de determinada sanción a una persona jurídica, *verbi gratia*, la Empresa Expresos

Especiales El Dorado S.A., este es, el señalado en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, que prevén la valoración de los siguientes criterios: gravedad de la falta; daño producido; reincidencia en la comisión de los hechos; proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En este punto es menester señalar que el referido artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 si bien exige que en el acto administrativo en el que se imponga sanción se deberán valorar los precitados criterios, no significa que en el caso concreto deba existir una concurrencia de todos los criterios, toda vez que, por ejemplo, podría presentarse el caso en que no exista reincidencia de la conducta, pero sí un daño producido y gravedad de la falta.

La Sala advierte que en la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014 en su considerando vigésimo sexto de dosimetría sancionatoria sólo se hace referencia expresa a los presupuestos de la gravedad de la falta, la reincidencia y el daño producido al derecho al imponer la sanción, también se tiene que posteriormente y como desarrollo de los recursos interpuestos por el proveedor sancionado, explica los criterios de dosificación en virtud de los cuales determina la sanción de multa y su cuantificación, argumentación que el recurrente también pudo controvertir en sede de apelación, por lo que es claro que la omisión en que pudo incurrir la ANE en este aspecto fue subsanada por ella misma, cuando se pronuncia en el marco del proceso administrativo sancionador, esto es, en sede de recurso de reposición y en subsidio apelación, decisiones a partir de las cuales el investigado ya no tenía ninguna duda frente a los criterios que consideró la demandada para determinar su sanción, pues fueron aclarados y explicitados.

En este contexto, la Sala analizará cada uno de los criterios de dosificación expuestos y constatará su observancia en el caso concreto:

- **Gravedad de la falta:** Este criterio tiene como fundamento que la administración en la valoración que realiza pueda determinar y sustentar qué tan grande o importante es la consecuencia o efecto que genera una conducta infractora en el sector en el que se analiza, esto es, que en materia de telecomunicaciones se pueda determinar si esa conducta afecta el correcto desempeño y funcionamiento del orden jurídico que busca preservar un objetivo general para la efectiva prestación del servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones a los usuarios y que goza de especial protección constitucional.

En ese sentido, la labor administrativa que tiene la autoridad debe ser lo más objetiva posible para poder calificar la conducta a partir de postulados generales, previstos en el ordenamiento jurídico y que busquen salvaguardar sus principios y finalidades, siempre propugnando por una debida intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones y así lograr darle una connotación a la falta o infracción cometida.

Lo anterior le fue puesto de presente a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A., en la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014, en el siguiente sentido:

“(...) este Despacho considera que la gravedad de la conducta infractora se ve acrecentada por el tiempo durante el cual la empresa operó sin el correspondiente permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Lo señalado anteriormente constituye una violación al ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. En consecuencia y por las razones expuestas, este Despacho mantendrá el cargo formulado e impondrá la sanción que corresponda. (...)”⁵.

Es decir, la infracción cometida denotaba una gravedad en la conducta cometida y por ende, una efectiva lesión o afectación no sólo a un interés jurídico del Estado, sino además la materialización de la actuación en contravía de la normatividad que regula un determinado y específico sector y de un recurso escaso constitucionalmente protegido, como en el presente caso, pues al ser conductas referidas a un sector cuya gestión se encuentra regulada por la administración y sometida a inspección, vigilancia y control, debían cumplirse para mantener la protección del ordenamiento jurídico y el uso del espectro.

En otras palabras, al ser clara la normatividad del sector en relación a la necesidad u obligatoriedad de tramitar un permiso para el acceso al uso del espectro radioeléctrico, y el hecho de que en el momento de la visita de control técnico del espectro la empresa investigada no contara con éste permiso vigente, incurriendo en una clara transgresión de la normatividad anunciada y desarrollada en el pliego de cargos, lo que contraría las garantías y derechos fundamentales que un Estado Social de Derecho reconoce a las personas, y concretamente las disposiciones del sector de las telecomunicaciones, por tanto se afecta el sistema con el defectuosos funcionamiento de la investigada en el uso de éste recurso radioeléctrico.

De este modo, la entidad consideró su gravedad y calificó la conducta de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009, pues se predica de un elemento que se considera reviste importancia, ya que se trata del incumplimiento de una obligación impuesta legalmente, y la transmisión de esa falla al sistema en su conjunto porque los demás proveedores sí efectúan sus trámites y esfuerzos para cumplir con la normativa del sector.

- ***Daño Producido:*** Este hace referencia concretamente a los efectos que produce la conducta infractora o la no realización de una conducta obligatoria, es decir, que contempla la materialización de las consecuencias que se producen por parte del proveedor del servicio y que al tratarse de un sector totalmente regulado, como lo es el de telecomunicaciones, se traduce en la alteración del ordenamiento jurídico y la prestación del servicio, como bien lo manifestó la ANE en la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014.

Frente a este criterio la Sala comparte el análisis hecho por el *a quo* en el sentido de indicar en el acto de imposición de sanción, de la revisión del contenido de la decisión claramente se puede apreciar la materialización del daño producido al

⁵ Folio 34 Cuaderno No. 1

ordenamiento jurídico así:

“(...) Debe indicarse que los permisos confieren de manera temporal el aprovechamiento de un bien de uso público y escaso, por lo que el uso del espectro radioeléctrico por fuera de los parámetros técnicos autorizados afecta potencialmente a otros usuarios debidamente autorizados.

Los permisos previos otorgados por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, señalan de manera taxativa las características esenciales con las cuales debe operar cada concesionario, permitiendo el uso del espectro radioeléctrico en forma coordinada, racional y eficaz, con el propósito de evitar interferencias entre los distintos operadores, y de esta forma el Estado cumplir con su obligación de proteger los derechos de los usuarios a recibir los servicios y desarrollar actividades de telecomunicaciones con calidad y eficiencia. (...).”⁶

En ese sentido, la empresa debe tener en cuenta que el hecho de trasgredir la normatividad del sector, y además haberse demostrado que se usó el espectro radioeléctrico sin el permiso necesario evidencia entonces, que la sociedad investigada con su conducta omisiva transgredió sin duda la normatividad referida en el pliego de cargos.

Por otro lado, si bien implica un daño que podría ser de menor entidad, frente a otro tipo de conductas, también es cierto que comporta un daño mayor cuando se trasgreden normas que procurar regular el uso de un bien público y por tanto, se tiene que la entidad consideró el daño producido a partir de la vulneración de esos derechos y el desconocimiento de la normatividad del sector y las disposiciones constitucionales del artículo 29, para que a través de la multa se restablezca el ordenamiento jurídico vulnerado y se re aconduce el actuar de la empresa para no seguir lesionando los especiales recursos del Estado, ni las normas del sector.

• **Reincidencia en la Comisión de los Hechos:** En este criterio debe partirse de que claramente resulta más gravosa la comisión de una conducta que es repetitiva o reiterada que la que es cometida por única vez, en ese sentido, la reincidencia ha sido considerada como *“... una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se hace más gravosa la situación del infractor cuando éste ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones de la misma o de distinta naturaleza. Este criterio es utilizado también por el legislador para excluir beneficios o circunstancias que actúan como atenuantes de la responsabilidad...”⁷*, con lo cual, es necesario precisar que la reincidencia no implica repetición, ya que el concepto de reincidencia contiene no sólo la repetición de una conducta, sino además un desvalor o despropósito adicional de la conducta que ya fue realizada con anterioridad, razón por la que se tiene en cuenta como de mayor acontecimiento al calificar como de mayor gravedad la falta o aumentar la sanción a imponer.

En el caso en concreto en la Resolución N°000393 del 15 de julio de 2014, la

⁶ Folio 29 y 30 Cuaderno No. 1

⁷ Corte Constitucional Sentencias C-290 de 2008 y 077 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

entidad demandada analizó concretamente que *“Bajo este entendido, si bien la sociedad no ha sido reincidente, ni se ocasionó una interferencia, la gravedad de la conducta objeto de reproche por parte de la empresa investigada reviste varios aspectos a tener en cuenta:*

1. *Potencialmente interfiere a los usuarios debidamente autorizados.*
2. *Falta de pago de contraprestaciones representa un beneficio económico para el infractor.*
3. *Vulneración al principio de igualdad de acceso frente a los usuarios autorizados.*

Así pues, la gravedad de la conducta objeto de reproche por parte de la empresa EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO LTDA EXPRELDORADO LTDA, hoy EXPRESOS ESPECIALES EL DORADO S.A. EXPRELDORADO S.A. se refleja de la siguiente manera:

- i. *El uso ilegal que hicieron los prestadores de servicios de comunicaciones será la afectación al interés público dado su vínculo o conexidad con el servicio público que presta el sujeto activo de la conducta.*
- ii. *La totalidad del tiempo durante la cual hizo ilegal es un factor determinante a tener en cuenta toda vez que el uso de las frecuencias ineludiblemente de manera ilegal trae consigo ingresos y beneficios económicos para el infractor, esto dado que se deja de pagar al Estado o autoridad competente la contraprestación anual definida por el uso de las frecuencias.”.*

En dichos términos encontró la administración que no se configuraba dicho criterio para la definición de la sanción, lo que permite arribar a la conclusión de que fue analizado objetivamente según las indagaciones que había o no adelantado la ANE en contra de la misma empresa.

• **Proporcionalidad entre la Falta y la Sanción:** En principio ha de señalarse que tal y como lo indicó concretamente la entidad demandada en las Resoluciones N° 000393 del 15 de julio de 2014, N° 000763 del 12 de noviembre de 2014 y N° 000418 del 17 de julio de 2015, en el derecho administrativo sancionador cobra especial relevancia la facultad discrecional de que goza la Administración al momento de imponer una sanción, por lo que se hace relevante recordar que hay dos circunstancias que deben tenerse presente, por un lado, la libertad del legislador para enmarcar o delimitar los bienes jurídicos que desea proteger, con los cuales procede a establecer las conductas típicas, sin embargo, aunque el legislador tenga esa facultad de crear infracciones, clasificarlas, enumerarlas y además fijar criterios de agravación o atenuación, éste debe al momento de redactar la descripción típica realizar un juicio de proporcionalidad que permita determinar cuál o cuáles son las conductas infractoras que deben ser reprochadas por la sociedad, puesto que deben ser consonantes con los principios y garantías constitucionales y los derechos fundamentales que se encuentren protegidos, y de esta manera determinar una sanción adecuada a los fines estatales y del ordenamiento jurídico.

De esta forma, el legislador debe establecer criterios de dosimetría que le sirvan a la administración en su labor, pero a su vez delimitando su función al determinar si la conducta encuadra en una infracción y de ser así adecuarla en la categoría de la infracción correspondiente, lo cual implica que califique los incumplimientos

de las obligaciones exigibles con los parámetros establecidos, justificando la decisión que adopta, considerando objetivamente las circunstancias que dieron lugar a la misma y valorando las pruebas pertinentes del caso, siendo este marco infraccional y jurídico de carácter objetivo el que le impide al funcionario pasar a la arbitrariedad, a consideraciones subjetivas al momento de realizar el análisis de los criterios establecidos y adecuar la conducta a la sanción correspondiente.

Y de allí se deriva la segunda circunstancia relevante, consistente en la labor propia de la entidad que está en la posición de juzgador, frente a la cual ha señalado el Consejo de Estado:

“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria...” “...Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general” (...)

En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado...”⁸
(Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Así pues, el legislador en nuestro país estableció como uno de los criterios para

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C. P. Enrique Gil Botero.

sancionar en materia de telecomunicaciones el relacionado con la proporcionalidad sin especificar los parámetros a tener en cuenta para su explicación, por lo que parecería dejar a criterio de la Administración su definición para cada caso.

Sin embargo, en ese análisis y al proceder a realizar la ponderación correspondiente, queda descartada en principio cualquier posibilidad de arbitrariedad o sobredimensionamiento de la infracción, por cuanto debe corresponder la sanción con la calificación que se realice de la conducta infractora, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C - 721 de 2015, así:

“Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal, al determinar la gravedad de las faltas y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional “a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”.

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma^[142], los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”⁹.

Ahora, en el *sub lite*, este criterio fue analizado por la entidad al tener en cuenta, como bien se indicó la naturaleza de la conducta, su gravedad y daño producido, como se analizó *supra* y además el factor de reincidencia de la empresa, aunado a la importancia del bien público afectado con la infracción de la reglamentación del sector de las telecomunicaciones que en este caso se encontraron vulnerados por el incumplimiento de la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A., y en virtud de eso, se le impuso la sanción final de multa consistente en NOVENTA (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, correspondiente al 4,5% del valor máximo establecido en dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000), como se dijo en los actos acusados, se acerca más al mínimo que al rango tope establecido, tal y como lo establece el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Al respecto, si bien la entidad no indicó un capítulo con el título expreso de proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014, sí incluyó un aparte considerativo en el que analizó la dosimetría sancionatoria usando como parámetros la gravedad de la falta, el daño causado y la reincidencia de la investigada en su comisión y afirmó al respecto que la ANE fijó la sanción en atención a los extremos máximos y mínimos de la norma y los criterios ya indicados¹⁰

Ahora bien, una vez se verifica la procedencia de cada criterio y aunque no se encuentra configurado o desarrolla de manera textual cada uno de los criterios dispuestos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, esto no inhibe a la ANE de imponer la sanción que sea objetivamente procedente de acuerdo al caso en concreto, en tanto puedan concurrir en mayor o en menor medida los criterios a tener en cuenta.

Así mismo, la Sala considera que la multa impuesta no desconoció el principio de proporcionalidad, ni carece de fundamentación en el análisis de los criterios para dosificar la sanción impuesta, pues persigue un fin legítimo (garantizar un bien público y del sector de telecomunicaciones) por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a la conducta infractora investigada, pues se comprobó que el proveedor vulneró lo dispuesto en los artículos 11, numeral 3 y parágrafo del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, se valoró la gravedad desde una perspectiva subjetiva (usuarios autorizados) y una objetiva (el sector) y la sanción no fue nimia ni excesiva al pretender garantizar que a los agentes del sector no les resulte más provechoso pagar multas de bajo valor que reconocer y reacondicionar sus actuaciones, y por tanto no hubo un indebido ejercicio de la facultad sancionatoria de la ANE, ni el sobredimensionamiento de la conducta o de la sanción.

Frente el *sub examine*, este criterio fue analizado por la entidad al tener en cuenta, como bien se indicó la naturaleza de la conducta, su gravedad y daño producido, como se analizó ut *supra*, aunado a la importancia de los recursos del Estado y otros asignatarios (otros proveedores) de telecomunicaciones que en este caso se encontraron vulnerados por el incumplimiento de la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A., al no contar con su permiso vigente del uso del espectro, y en virtud de eso, se le impuso la sanción de multa consistente en NOVENTA (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que de conformidad con los rangos establecidos, como se dijo en los actos acusados, se acerca más al mínimo que al máximo establecido en dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000) para personas jurídicas, tal y como lo establece el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Por tales razones, este cargo tampoco está llamado a prosperar y en esa medida será confirmado el fallo de primera instancia en su integridad.

¹⁰ Folio 28 y 35 Cuaderno No. 1

De esta forma, la Sala concluye que la Resolución N° 000393 del 15 de julio de 2014, mediante la cual se impone una sanción administrativa por parte de la Agencia Nacional de Espectro; la Resolución N° 000763 del 12 de noviembre de 2014 que modificó de 100 a 90 SMMLV, decidió no reponer y concede el recurso de apelación; y la Resolución N° 000418 del 17 de julio de 2015 con la cual se decidió el recurso de apelación, no fueron expedidas violando el Debido proceso, ni el derecho de defensa de la parte actora, por el contrario, el demandante no logra desvirtuar el principio de legalidad que se predica de las mismas, ni argumento alguno que acreditara la procedencia de efectuar una disminución del valor de la multa impuesta, y por tanto, se confirmará la decisión proferida en primera instancia.

3.6. Condena en Costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“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.”.

En virtud de lo anterior, y habida consideración que en el artículo 365, numeral 1 del Código General del Proceso se señala que *“se le condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, resulta procedente condenar en costas a la parte demandante, la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A.

No obstante, se ordenará que su liquidación sea realizada por el juzgado de origen en atención a lo dispuesto en el artículo 366 ibidem que indica que *“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”*.

Al respecto, se torna pertinente traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-157 de 2013:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el

mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”¹¹.

IV. DECISIÓN

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

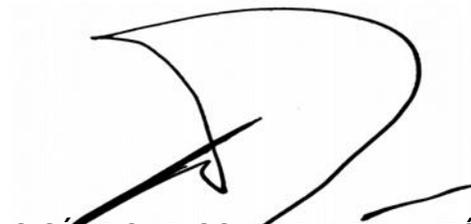
FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia del 06 de septiembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la Empresa Expresos Especiales El Dorado S.A. Por Secretaría remitir el expediente al Juzgado de origen para que liquide las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el N°1 del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

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

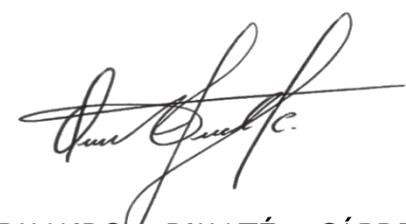
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013, MP. Mauricio González Cuervo: Providencia en la se efectúa el estudio de constitucionalidad del Parágrafo único, artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 y se efectúa pronunciamiento en torno a la condena en costas y sus reglas conforme al Código General del Proceso.