



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N° 2020-08-107 NRD

Bogotá D.C. Veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN: 250002341000 2016 02001 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: COLOMBIA MOVIL S.A ESP
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
TEMAS: Sanción administrativa por deber de información y PQR / Falsa motivación-
Infracción a las normas en que debería fundarse
ASUNTO: Sentencia de primera instancia

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia Secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, señalando previamente que se ha efectuado el control de legalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, así mismo que la decisión se adoptará teniendo en cuenta los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Confrontación de los presupuestos fácticos expuestos en la demanda y su contestación (Fls. 1 a 44 y 185 a 195 C1):

Parte Demandante	Parte Demandada
<p>- La empresa COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP es una sociedad cuyo objeto social principal consiste en la prestación de los servicios de Comunicación Personal -PCS, en virtud de los contratos de Concesión Números 007, 008 y 009 de febrero de 2003, celebrados entre ella y la Nación - Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), cuya área de operación comprende las zonas de oriente, occidente y norte del país, y cuyo domicilio principal es la ciudad de Bogotá.</p> <p>Tales contratos se encuentran prorrogados hasta el año de 2023.</p> <p>-La Superintendencia de Industria y Comercio -SIC, mediante la Resolución No. 50896 del 28 de agosto de 2012, inició una investigación administrativa mediante formulación de cargos a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., con ocasión los hallazgos obtenidos de una visita de inspección que realizó el día 06 de junio de 2012 a las dependencias de EMTELCO S.A., sociedad a través de la cual Colombia Móvil S.A E.S.P., presta el servicio de atención a sus usuarios para la línea gratuita de atención.</p> <p>En dicha ocasión se evidenciaron irregularidades relativas a la información brindada a través de los Call Center, así como el registro de las PQRS elevadas por ese medio.</p> <p>-La SIC, mediante la Resolución No. 50896 del 28 de agosto de 2012, por la cual se inicia una investigación administrativa, formuló cargos, “... a fin de establecer si existe transgresión a lo previsto en el numeral 2 del artículo 53, numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, numerales 1.7.1.3., 1.7.1.4. y 1.7.1.6. del Capítulo primero del Título Tercero de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio, y los artículos 3, 10 numeral 10.1 literales c), d) y g) 11, 31, 39, 46, 51, 65 y 103 Resolución CRC 3066 de 2011”.</p> <p>-COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., presentó sus descargos, mediante escrito del 11 de septiembre de 2012, indicando que los informes en los cuales se sustentan los cargos</p>	<p>En cuanto a la actuación administrativa reseñada, existe consenso en la narrativa de los hechos efectuados por el demandante, especialmente en los relacionados con las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se tramitó la actuación administrativa 12-143407, en el marco del cual se expedieron los actos administrativos susceptibles de pretensión de nulidad.</p>

formulados, hacen parte de todo un sistema establecido por la empresa para mejorar la atención del cliente, y no podrían ser analizados en forma aislada, sino atribuyéndole el sentido que comporta, como mecanismo de mejoramiento continuo.

-La SIC, mediante la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015, impone una multa a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, por la suma de QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$579.915.000.00), equivalentes a novecientos (900) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

-La sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., presenta en tiempo recurso de reposición y en subsidio el de apelación y la SIC, a través de la Resolución No. 86012 del 30 de octubre de 2015, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida.

-La SIC, a través de la Resolución No. 11356 del 10 de marzo de 2016, resuelve el recurso de apelación confirmado la sanción impuesta.

1.2 Lo pretendido, las normas violadas, el concepto de violación / los argumentos de defensa y las excepciones propuestas (Fls. 1 a 44 y 185 a 195 C1):

Parte demandante	Parte demandada
La sociedad COLOMBIA MÓVIL SA ESP, solicitó como pretensiones de la demanda se declare la nulidad de las Resoluciones N°. 16287 del 13 de abril de 2015, 86012 del 30 de octubre de 2015 y 11356 del 10 de marzo de 2016, a través de los cuales se impuso sanción de multa por valor de 579.915.000 equivalente a 900 SMLMV, y se resolvieron los recursos de reposición y apelación en el sentido de confirmar la sanción, y a título de	En la contestación a la demanda fórmula oposición íntegra a las pretensiones . En ese sentido y tras invocar la excepción de legalidad de los actos administrativos demandados, se pronuncia en torno al cargo de nulidad formulado, indicando que la actuación administrativa se realizó conforme los presupuestos legales

restablecimiento del derecho solicita se ordene exonerar a la Sociedad COLOMBIA MÓVIL de pagar el monto de la sanción indicada, y reintegrar el valor pagado, debidamente indexado. Como pretensión subsidiaria solicita se modifique el valor de la sanción impuesta, en el sentido de disminuir el monto de la multa y se reintegre la diferencia que resulte.

Se identifican como **normas violadas**, las siguientes: artículos 66 y 67 de la Ley 1341 de 2009, artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, artículos 6,29,95 de la Constitución Política.

El **concepto de violación** se estructura en torno a los **cargos de nulidad de Expedición irregular-Falsa motivación e Infracción a las normas en que debía fundarse**, bajo los siguientes argumentos:

1. Expedición irregular - Falsa motivación

Indica el apoderado judicial del extremo actor que los actos administrativos demandados fueron expedidos de forma irregular, violando el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto adolecen de **falsa, falta o indebida motivación**, toda vez que la SIC pretende imponer una sanción, fundamentándose en criterios arbitrarios e incongruentes.

Argumenta que el objetivo de los informes en los cuales se basa la Superintendencia para sancionar a Colombia Móvil, es el de mejorar la atención al cliente, y para el caso concreto, no debieron ser tenidos en cuenta en forma aislada de los demás elementos probatorios obrantes dentro del proceso.

Por otra parte, indica que tal informe es un documento proveniente de un tercero, que no debió haber sido tenido en cuenta por parte de la SIC para sancionar a la empresa, pues tales

dispuestos en la Ley 1341 de 2009, procediendo a hacer en primer lugar un recuento de las competencias asignadas a la entidad frente a la protección de los derechos de los usuarios.

Frente al cargo de **expedición irregular**, señala que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009 y la Resolución CRC3066 de 2011, se imponen una serie de obligaciones a los proveedores de redes y servicios, respecto a la atención de peticiones, quejas y reclamos, dentro de las cuales se encuentra que se tengan disponibles las grabaciones de las comunicaciones de los usuarios de los servicios de comunicaciones a través de la línea gratuita de atención telefónica, lo que quiere decir que el proveedor de servicios de comunicaciones, o quien este determine, debe encargarse de la grabación de la totalidad de las comunicaciones efectuadas por los usuarios, y sus correspondientes respuestas así como mantenerlas por los 6 meses siguientes a la fecha de notificación de la respuesta definitiva.

La segunda obligación que se indicó en el auto que formuló cargos, hace referencia

informes eran el resultado de los procesos de auditoría interna que realizaba la misma EMTELCO, y estaban amparados por el secreto profesional en los términos de la Sentencia C-301 de 2012, por lo que a su juicio, por más facultades de policía administrativa que tenga la SIC, estas tienen algunos límites legales, siendo este el motivo por el cual, el informe por aquella emitida no podía ser tenido en cuenta por la entidad demandada, así se tratara de una opinión jurídica.

Adicionalmente, sostiene que Colombia Móvil S.A E.S.P cumple con:

i) Su deber de información frente a sus usuarios puesto suministra de manera clara, transparente, veraz, oportuna, suficiente, precisa, cierta y completa la información necesaria para que tomen decisiones informadas, aun cuando existan errores mínimos operativos;

ii) Cumple con sus deberes respeto a sus promociones y ofertas, las cuales son informadas de manera clara a los usuarios; iii) tramitar y dar respuesta a las PQRS presentadas por los usuarios a través de la línea gratuita de atención al usuario;

iv) Grabar todas las llamadas de peticiones quejas y recursos recibidas en la línea gratuita de atención al usuario y conservó estas grabaciones por el termino de 6 meses, cumpliendo a cabalidad con lo estipulado en la Resolución 3066 de 2011, y por ende el contrato celebrado entre la demandante y EMTELCO desde ningún punto de vista debe ser tomado para analizar la forma en la cual presta el servicio el operador, puesto que en Colombia Móvil recae la custodia y la responsabilidad de grabar y conservar las llamadas de los clientes;

v) Registra la totalidad de peticiones, quejas y reclamos presentadas por los usuarios de la línea gratuita de atención al cliente.

a un registro actualizado de peticiones, quejas y recursos presentadas por los usuarios, en la cual se identifique de manera detallada, como mínimo, si se trata de una petición, queja, o recurso, la causal o motivo, número de identificación del usuario y su dirección de notificación, la fecha de presentación y fecha de envío de la respuesta.

Frente a los incumplimientos encontrados señaló:

A. incumplimiento del deber de información

Informó que el apoderado del extremo pasivo que de las documentales que obran en el expediente se concluye que persistían errores en la información que les era suministrada a los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Puesto que si bien, el demandante a través de su call center identificó las falencias que se presentaban en los procesos de suministro de información a los usuarios, identificó las posibles soluciones, sin embargo la conducta violatoria del régimen siguió teniendo ocurrencia.

B. Conservación de las grabaciones por el término de seis meses:

Indica que la sociedad demandante no cumplió con la carga de demostrar que cumple con esta obligación prevista en el parágrafo del artículo 46 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

C. Indebido registro de las PQRS presentadas por los usuarios en la línea de atención al cliente:

<p>2. Infracción de las normas en que debían fundarse - desconocimiento de los criterios establecidos en la Ley 1341 de 2009</p> <p>Por cuanto se realizó una aplicación indebida de los criterios de dosimetría, ya que no se hace un ningún estudio serio, ponderado de los criterios establecidos en el artículo 66 <i>ibidem</i>, e imponiendo arbitrariamente como multa la suma de 900 salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p>	<p>Puesto que de las pruebas obrantes en el expediente se pudo concluir que las peticiones, quejas y recursos que ingresaban a la línea gratuita de atención al cliente, eran clasificadas como de primer contacto, o no eran clasificadas, se encontraban mal clasificadas, lo que se traduce en la imposibilidad de llevar un registro debidamente actualizado. Así pues, al no contar con información fidedigna proveniente de la empresa contratista respecto del motivo de cada una de las solicitudes elevadas por los usuarios a través de la línea gratuita de atención telefónica, no puede la sociedad demandante tener un registro debidamente actualizado.</p> <p>Respecto a la infracción de las normas en que debían fundarse y los criterios de dosimetría de la sanción, señala que en la imposición de la sanción sí se tuvieron en cuenta los criterios establecidos en la ley y prueba de ello, es que se determinó la gravedad de la falta en virtud de las vulneraciones que se lograron acreditar contra el Régimen de Protección de los Usuarios.</p>
--	---

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dado que: la demanda fue radicada el 30 de septiembre de 2016, y asignada mediante Acta de Reparto al despacho N° 25000234100020160200100 (Fl. 134), la cual fue inicialmente rechazada a través del Auto del 31 de marzo de 2017 por caducidad, el recurso de apelación interpuesto fue resuelto por el Consejo de Estado ordenando revocar la decisión mediante providencia del 31 de mayo de 2018, ya que se acreditó en esa instancia que la constancia de conciliación proferida por el agente de la Procuraduría General de la Nación y que había valorado el tribunal era errónea, razón por la que la demanda fue admitida mediante Auto del 2 de noviembre de 2018 (Fls. 136 a 139, 152 y 153, 156 a 159), debidamente notificado a

las partes¹ al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 175 a 178); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 184); el 11 de junio de 2019 se emitió Auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fl. 203); el 23 de octubre de 2019 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 206 a 212), y tras considerar innecesaria la audiencia de pruebas, se dio por clausurado el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto el Ministerio Público.

2.1. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La *parte demandante* a través de memorial radicado el 6 de noviembre de 2019 (Fls. 221 a 226 C1) reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda y además precisó que la dosificación de la sanción se dio de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que establece la Ley 1341 de 2009.

La entidad demandada - *Superintendencia de Industria y Comercio - SIC* no presentó escrito de alegatos finales, tal y como se certifica en la constancia secretarial del 27 de noviembre de 2019 (fl. 227)

Finalmente, el *Ministerio Público* presentó su concepto el 6 de noviembre de 2019 (Fls. 215 a 220 C1), solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que se acreditó que la empresa demandante incurrió en las conductas endilgadas como infractoras al Régimen de Protección de Usuarios, tal y como se acreditó en la actuación administrativa adelantada. Finalmente, indicó que la sanción impuesta se encuentra ajustada a los criterios previstos legalmente y en consecuencia, los actos administrativos se encuentran ajustados a las normas vigentes.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente medio de control conforme lo establece el N° 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en la demanda se controvierten actos administrativos proferidos por una Autoridad del orden nacional (Superintendencia de Industria y Comercio - SIC), y a título de restablecimiento del derecho se solicita la devolución del valor de la sanción impuesta equivalente a 900 SMMLV, correspondiente a QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS (\$579.915.000), cifra que supera los 300 SMMLV para la fecha de interposición de la demanda.

¹ A la parte demandante por estado del 6 de noviembre de 2018. A la entidad demandada - SIC: envió electrónico folio 177,22 de enero de 2019.

3.2. Legitimación en la causa

De conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contencioso administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

La precitada norma en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la **legitimación en la causa por activa** está reservada para aquella que sintiéndose lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pretenda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y el restablecimiento del derecho e incluso la reparación del daño que le haya sido irrogado. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** recae sobre la entidad, órgano u organismo estatal que haya expedido el acto administrativo o producido el hecho generador del daño.

Respecto de la legitimación, el Consejo de Estado ha indicado que:

“(...) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

*En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”*². (Negrita y subrayado fuera del texto).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.2.1. Por activa:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, se encuentra legitimada materialmente por activa para impugnar los actos administrativos expedidos por la SIC, cuando ésta funge como autoridad sancionatoria en el sector de las Telecomunicaciones, justamente por el contexto en que se emite el acto administrativo susceptible de pretensión de nulidad, esto es, por la comisión de las infracciones al Régimen de Protección a los Usuarios de Comunicaciones - Resolución CRC 3066 de 2011, frente a lo cual se impone una sanción de multa a través de los actos demandados afectando a la sociedad demandante, por lo que resulta apenas razonable, que al sentirse esta última perjudicada con la decisión, se encuentra materialmente legitimada para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.2.2. Por pasiva:

Así mismo, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, por cuanto fue la entidad que expidió los actos acusados y quien impuso la sanción administrativa de multa a la sociedad demandante.

En suma, al existir identidad en la relación sustancial y la relación procesal demandante - demandado, establecida entre las partes con los actos administrativos demandados, el presupuesto de legitimación en la causa se encuentra reunido para proferir sentencia de fondo.

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 la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015 “*Por la cual se impone una sanción administrativa*” y las Resoluciones Nos. 86012 del 30 de octubre de 2015 y 11356 del 10 de marzo de 2016, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación formulados en contra del acto administrativo sancionatorio, fueron o no expedidas con falsa motivación o con infracción de las normas en que debía fundarse, esto es, de conformidad con los criterios de dosimetría sancionatoria.

Como **problemas jurídicos asociados** se analizarán:

- i) Si Colombia Móvil ha cumplido o no con los deberes de información a sus usuarios, conservación de las grabaciones por el término de seis meses, y registro de las PQRS presentadas por los usuarios en la línea de atención al cliente y;
- ii) Si se tuvieron en cuenta los criterios de dosimetría establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 al momento de imponer la sanción.

3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de

razonamientos legales, de equidad 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 la protección del usuario; ii) Análisis del primer cargo: Expedición irregular- Falsa motivación y iii) Análisis del segundo cargo: Infracción a las normas en que debía fundarse- presupuestos de dosificación sancionatoria contenidos en la Ley 1341 de 2009 y su aplicabilidad o desconocimiento en el caso concreto.

3.4.1. Marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones y de forma específica para la protección del usuario

Sobre el marco jurídico en el cual se desarrolla la prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de los proveedores, es necesario hacer referencia a la disposición fundamental contenida en el artículo 78 constitucional, relacionada con la especial protección de los usuarios en el marco de la adquisición de un servicio, así:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En esa medida, la Ley 1341 de 2009 procedió a establecer el marco general para la formulación de las políticas públicas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y dentro de estas la protección al usuario dada su especial intervención así:

“ARTÍCULO 4. 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, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios. (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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 una reglamentación para la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones contenido en la Resolución CRC 3066 de 2011 “*por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones*”, que buscaba en su momento no solo regular las relaciones surgidas en virtud del ofrecimiento y prestación de los servicios de telecomunicaciones, entre los suscriptores y/o usuarios y los proveedores de las redes y servicios de telecomunicaciones del Estado, sino también brindar una especial protección a esos usuarios, de conformidad con el mandato constitucional establecido en los artículos 334 y 365 superiores, para lo cual consagró toda una relación de derechos y garantías que deben brindar los proveedores del servicio, las obligaciones de los usuarios, las condiciones del servicio prestado, entre otras.

3.4.2. Análisis del primer cargo de nulidad: Falsa motivación

En primer lugar, se precisa que aun cuando el actor denominó *expedición irregular por falsa motivación*, se trata técnicamente de dos causales de nulidad diferenciadas, porque la primera se refiere al desconocimiento del procedimiento y la forma para que emerja al mundo jurídico un acto administrativo que cobija por ello, la falta (ausencia) de motivación como vicio de nulidad por expedición irregular; mientras que el segundo, se refiere a los fundamentos que sirven de justificación a la administración para adoptar la decisión. Sin embargo, como el actor en realidad desarrolla solamente el cargo de falsa motivación, la Sala procederá a su análisis.

La falsa motivación se predica de los fundamentos a los que acude la administración para adoptar una determinada decisión, considerando las disposiciones de derecho y las razones de hecho que sirven como móvil o motivo esencial para su expedición, es decir, que el actuar de la administración se encuentra predeterminado por una serie de circunstancias de hecho o de derecho que deben estar incluidas en el contenido del acto.

Ese deber de motivación ha sido analizado por la Corte Constitucional así:

“«La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña AGUSTÍN GORDILLO quien resalta su importancia así:

"La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto».

Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales" y del artículo 123 en la parte que indica: Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". (...)

Está más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir que la «falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo»³

Es así que el fundamento para la motivación de los actos administrativos parte de los principios de *Estado de Derecho*⁴, *legalidad* y *publicidad* que proscriben la arbitrariedad y de los previstos en el artículo 209 constitucional que además orientan las actuaciones y la función administrativa al plasmar las razones de hecho y de derecho que los preceden. En ese sentido, se convierte en un elemento fundamental para determinar la voluntad de la administración que se manifiesta a través de esos actos y cumple un papel clave en la interdicción de la arbitrariedad en el Estado Constitucional de Derecho.

³ Corte Constitucional Sentencia C- 250 del 26 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴ Concepto desarrollado doctrinalmente por Robert von Mohl en 1832, en su texto "*La Ciencia Política según los principios básicos del Estado de Derecho*". Estado de Derecho, en alemán *Rechtstaat*, traduce *estado de la razón*, es decir, un estado sometido por la razón, por el derecho, por la ley, que actúa racionalmente, que limita y previene el abuso del poder.

Ahora, la falsa motivación concretamente implica un yerro en la escogencia o determinación de las condiciones de hecho y de derecho que se invocan, conllevando a una decisión que no es congruente con lo que se acredita dentro de una actuación administrativa y que vician el acto, en tanto las razones de hecho y/o de derecho que invoca para decidir no corresponden con la verdad procesal del expediente o jurídica del ordenamiento normativo en el que se produce, configurándose una causal de nulidad autónoma prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora, la carga de la prueba frente a la falsa motivación que pueda predicarse de un acto administrativo está a cargo del demandante, quien deberá acreditar la divergencia de esas circunstancias de hecho y de derecho y en esa medida, demostrar que las razones que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, no existen o están distorsionadas para invalidar el acto y desvirtuar su presunción de legalidad.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

“Por ello, ha explicado que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por lo tanto, el impugnador tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Según lo precedente, esta Corporación ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) en razón a que los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.”⁵

De conformidad con lo anterior, al valorar las pruebas obrantes en el expediente administrativo allegado al proceso y los argumentos expuestos por la sociedad demandante al invocar este cargo, se logra acreditar lo siguiente:

- Mediante Resolución No. 50896 del 28 de agosto de 2012, se inició investigación administrativa y se formularon cargos contra la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP por desconocimiento de las normas **descritas en el numeral 2 del artículo 53, artículo 64, numeral 5 de la Ley 1341 de 2009, artículos 3, 10, numeral 10.1, literales c), d), g), 11, 39, 46, 51, 65 y 103- par. 2, de la Resolución CRC 3066 de 2011, y los numerales 1.7.1.3- 1.7.1.4 y 1.7.1.6 del Capítulo Primero del Título Tercero de la Circular Única de la SIC**, esto es, desconocimiento del deber de información de los usuarios que debe ser de forma clara, transparente, veraz, suficiente, necesaria, anterior, simultánea, oportuna y comprobable, toda vez que

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp 11001-03-25-000-2012-00457-00(1899-12), providencia del 24 de agosto de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

i) los asesores del Call Center del proveedor podrían no estar suministrando la información en los términos allí descritos frente a la prestación de los servicios ofrecidos; ii) podrían estar suministrando información errada frente al valor de las suscripciones y los servicios prestados; iii) promociones y ofertas; así como también iv) omitiendo tramitar la totalidad de las quejas, peticiones y reclamos que presenta los usuarios de comunicaciones a través de la línea de atención; v) no grabar todas las llamadas de las PQR's recibidas en la línea de atención a los usuarios y no conservarlas por el tiempo establecido de 6 meses; vi) indebido registro de las PQR's presentadas por los usuarios; vii) suministrar a los usuarios información indebida frente a cómo opera la suspensión del servicio; viii) no cancelar mensajes promocionales a solicitud de los usuarios; y ix) no remisión de la totalidad de la información exigida por la SIC de acuerdo al Título Tercero de la Circular Única de dicha entidad.

Lo anterior, de conformidad con la visita efectuada el 6 de junio de 2012 a las instalaciones de EMTELCO S.A., sociedad a través de la cual COLOMBIA MOVIL S.A. ESP presta el servicio de atención a sus usuarios a través de la línea gratuita de atención, en la cual se encontraron documentos que denotaban las conductas imputadas, como lo son:

- *“Dashboard Calidad Contact Information General 01-2012 Dashboard Gerencial - Ítem Errores Críticos Usuario. Enero de 2012”*, contenido en un CD obrante folio 171 del expediente administrativo.
- *“Dashboard Calidad Contact Information General 02-2012 Dashboard Gerencial - Ítem Errores Críticos Usuario. Febrero de 2012”*, contenido en un CD obrante folio 171 del expediente administrativo.
- *“Dashboard Calidad Contact Information General 04-2012 Dashboard Gerencial - Ítem Errores Críticos Usuario. Abril de 2012”*, contenido en un CD obrante folio 171 del expediente administrativo.
- *“Dashboard Calidad Contact Information General 05-2012 Dashboard Gerencial - Ítem Errores Críticos Usuario. Mayo de 2012”*, contenido en un CD obrante folio 171 del expediente administrativo.
- Contrato con Emtelco S.A.- Acuerdo Modificatorio 4, 7 y 15, folio 71 del expediente administrativo.
- Declaraciones rendidas por Eliana Mejía y José Fernando Álvarez Montoya Asistentes de Cuenta EMTELCO.
- *“Evaluación, Solicitudes, Cambios, Quejas y Reclamos Nuevos Asesores IG”*.
- Informe radicado ante la SIC con radicado No. 04-007505-00492-0234 el día 13 de julio de 2012, correspondiente a los trimestres del abril - junio de 2012.
- Informe radicado ante la SIC con radicado No. 04-007505-00492-0232 el día 13 de julio de 2012, correspondiente a los trimestres del abril - junio de 2012.
- Disco Duro 3.5. *“HDD external case serial ATA USB 2.0”* contentivo de las grabaciones de llamadas recibidas entre el 5 de mayo y el 5 de junio de 2012, atendidas por EMTELCO.

- Conforme lo anterior se procedió a sancionar a la sociedad mediante la Resolución No. 16287 del 13 de Abril de 2015, considerando que la sociedad no desvirtuó las conductas endilgadas como infractoras al Régimen de Protección de Usuarios de las Comunicaciones - Ley 1341 de 2009 y Resolución CRC3066 de 2011, imponiéndose la multa de 900 SMMLV. Decisión que posteriormente fue confirmada mediante las Resoluciones Nos. 86012 del 30 de octubre de 2015 y 11356 del 10 de marzo de 2016.

Al respecto la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP considera que la documentación tenida en cuenta para iniciar la investigación administrativa y posteriormente imponer la sanción hacía parte de una auditoría interna que realizaba la empresa precisamente para mejorar la calidad en la prestación del servicio y la atención a sus usuarios, lo cual no puede usarse en su contra en virtud de lo considerado en la sentencia C-301 de 2012, y además se desconocen las demás pruebas obrantes en la actuación, lo cual constituye una falsa motivación por parte de la SIC en la expedición de los actos acusados.

De este modo, es necesario precisar que en virtud de la labor de inspección, vigilancia y control que adelanta la SIC de conformidad con las facultades otorgadas en la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, se encuentra establecida la verificación de las labores desplegadas por los proveedores de redes y/o servicios que están dentro de su órbita de supervisión y en esa medida, revisar que se encuentren ajustadas a las exigencias normativas del sector, implicando también el conocimiento de las actividades desplegadas, sus informes y reporte de gestión con el fin de garantizar que la prestación del servicio sea la legalmente permitida y concedida.

Contrario a lo considerado por la sociedad demandante, es cierto que en virtud del 15 de la Constitución Política de Colombia se le reconoce a todas las personas el derecho a su intimidad y de la reserva sobre libros y papeles privados, pero también se advierte que solamente para los casos tributarios, judiciales y de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse ***“la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados”*** en los términos que señala la ley.

Adicionalmente, según lo previsto en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por el artículo 1º de la ley 1755 de 2015) solo tendrán carácter reservado los documentos establecidos por la Constitución y la ley:

“Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

- 1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.*
- 2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.*
- 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de*

personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

Ahora bien, el artículo 27 *ibidem*, dispone sobre la inaplicabilidad de esas excepciones que “*El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En ese orden de ideas, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, conoció los informes internos de verificación de los contratos que tenía COLOMBIA MÓVIL con EMTELCO, en el marco de una visita de inspección para la verificación del cumplimiento de los parámetros legales por los cuales debe velar, esto es, amparada bajo las funciones establecidas en la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, por lo que no puede alegar ahora la sociedad demandante que no podía utilizar dicha información, pues contrario a su consideración, constitucional y legalmente la entidad puede acceder a aquella, más aun cuando allí se evidencian incumplimientos a la normatividad del sector de las telecomunicaciones, sobre el cual ejerce vigilancia y control.

Concretamente, frente a las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 63 de la Ley 1341 de 2009, las infracciones a las normas contenidas en esa ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información, salvo cuando esa facultad sancionatoria esté asignada por la ley o reglamento a otra entidad pública.

En esa medida, se observa que la SIC invocó como normas que le facultaban la competencia para la investigación administrativa adelantadas la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011.

A su turno la Ley 1341 de 2009 estableció entre otros, el régimen jurídico aplicable a las relaciones de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones con los proveedores del servicio, sin embargo no indicó expresamente sobre cuál debía ser la autoridad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección a los usuarios, por lo que posteriormente el Presidente de la República, mediante el Decreto 4886 de 2011, le asignó entre otras, las de protección de los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores de servicios de comunicaciones y en los numerales 32, 36 y 62 del artículo 1, y numeral 3 del artículo 13, se dispuso lo siguiente:

“Artículo 1. (...)La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

32. Velar en los términos establecidos por la ley y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten. (...)

36. Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones. (...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley. (...)

Artículo 13. Funciones de la Dirección de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones: (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por tanto, se le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de imponer sanciones a los infractores del Régimen de protección a los usuarios de telecomunicaciones, y en esa medida el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es relevado de ejercer esa particular función, por lo menos en lo que respecta a la protección de los usuarios de telecomunicaciones, lo que deja claro que la inspección sobre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, está en cabeza de la entidad demandada y por ende se trata de una autoridad administrativa investida de las facultades legales expresas para obtener y evaluar los documentos e información necesaria que le permita realizar su labor de control y vigilancia.

Finalmente, no puede darse aplicación a la sentencia invocada por la sociedad demandante relacionada con la privacidad o reserva de los informes internos que se

tuvieron en cuenta por la SIC, ya que la sentencia C- 301 de 2012, hace un análisis partiendo del secreto profesional, el cual no guarda relación con los documentos o la información que se obtuvo respecto de las labores adelantadas de auditoría a la empresa EMTELCO, pues la misma providencia señala que su alcance depende de la profesión que se analice, no guarda relación en el asunto que se analiza, además de no tratarse en ese caso de revelación a terceros, sino a una autoridad administrativa competente, así:

“El secreto profesional tiene un alcance distinto en cada profesión, dependiendo del radio de cercanía que la misma tenga sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y del control del Estado sobre las mismas:

(i) El secreto profesional en materia médica está regulado en la Ley de ética médica, la cual lo define de la siguiente manera: “Entiéndese por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales”. Esta ley señala la posibilidad de que el médico revele el secreto profesional: “a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga; b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces; d) a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley; e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia”. Sobre el secreto profesional del médico la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, señalando sus características particulares: “Ahora bien, al estudiar el contenido y alcance del sigilo que deben guardar los profesionales de la medicina sobre los aspectos que conocen por razón de su relación profesional con los enfermos, la Corte ha considerado que el médico únicamente puede ser relevado de mantener en secreto lo que conoció, oyó, vio y entendió, por razón de su relación profesional con el paciente, cuando tal revelación comporte beneficios comprobados para el enfermo, y ante la necesidad extrema de preservar los derechos a la vida, y a la salud de las personas directamente vinculadas con él”.

(ii) En el sector bancario, la Corte Constitucional ha señalado que si bien es un deber mantener el secreto profesional, su aplicación en algunos eventos merece consideraciones especiales: “En desarrollo de dicho precepto, el legislador ha dispuesto que no es aplicable el secreto bancario, en asuntos tales como la lucha contra el tráfico y la trata de personas, el lavado de activos, la corrupción, el narcotráfico y las infracciones cambiarias, así como el control a las entidades bancarias y financieras, la investigación acerca de ciertos fenómenos financieros dentro del ámbito estatal y el régimen disciplinario de aduanas”.

(iii) En materia jurídica, la Corte Constitucional ha señalado que el secreto profesional tiene un alcance especial pues puede afectar también el derecho a la defensa, por lo cual manifestado que la inviolabilidad de las comunicaciones es acentuadamente notable

en la comunicación del abogado con su ⁶representado, por ello su interceptación ilegal debe ser fuertemente sancionada.”

En consecuencia, no se configura una falsa motivación por parte de la SIC al haber tenido en cuenta los informes internos de auditoría de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, y su justificación para tenerlos como pruebas en la actuación administrativa está constitucional y legalmente permitida.

Ahora, frente al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009 y la Resolución CRC 3066 de 2011, relacionados con el deber de información, la tramitación y reporte de PQR's y la obligación de guardar las grabaciones respectivas durante 6 meses, debe considerarse que además de ser infracciones que la misma empresa había detectado en razón a los informes internos que fueron fundamento probatorio para la actuación, también se tuvo en cuenta las siguientes pruebas decretadas mediante Auto No. 64869 del 31 de octubre de 2013:

- Documentos denominados “Anexo No. 1”, “Anexo No. 2 Políticas Proceso Formativo Emtelco S.A.” “Anexo No. 3 Retiro de Asesores” y “Anexo No. 4 Cancelación de Mensajes promocionales”, allegados por la sociedad demandante.

- **Carpeta Reservada No. 1:**

-Contrato entre EMTELCO y COLOMBIA MÓVIL, su anexo y acuerdos modificatorios (15), documentos de medidas de seguridad para el manejo de la información.

-Disco compacto con la información recaudada y el acta respectiva.

- Constancia de imposibilidad de acceso a la información de los computadores de dos funcionarias de la sociedad.

-**Carpeta Pública No. 1:**

- Memorial de cumplimiento de compromisos de la visita de inspección a EMTELCO que contiene evaluaciones de calidad de las llamadas entrantes a EMELCO, para el periodo de enero de 2010 a abril de 2011, manual de capacitación e información corporativa de TIGO, grabaciones de las llamadas al Call Center de la línea de atención al cliente para el periodo del 5 de mayo al 5 de junio de 2012 e información de correos electrónicos de dos funcionarias de la sociedad demandante.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que se tuvo en cuenta dentro del acervo probatorio considerado por la entidad, tanto los informes encontrados en la visita realizada por esta y existentes en las oficinas de la sociedad EMTELCO prestadora del servicio de atención a los usuarios de COLOMBIA MOVIL, como los reportes de información presentados por la sociedad demandante para el segundo trimestre de 2012, como obligación normativa impuesta a los proveedores de servicios y redes de telecomunicaciones.

⁶ Corte Constitucional sentencia C- 301 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Respecto a las pruebas recaudadas en la actuación administrativa, la entidad concluyó que se acreditaron las infracciones imputadas, analizando las mismas y pronunciándose sobre los argumentos de la sociedad, así:

“Ahora bien, del análisis de las evidencias probatorias obrantes en el expediente, se puede establecer que en efecto, tal como lo planteó la sociedad investigada en sus descargos, los asesores de servicio al cliente cuentan con un "estricto proceso de formación", circunstancia que se evidencia en el documento allegado por la investigada obrante a folios 256 a 262 del expediente, en donde se describe la forma en que se dan los tres (3) días de capacitación principal a los candidatos a ser asesores de servicio, así como las actividades de apoyo que se realizan y los exámenes que permiten establecer si el candidato cumple o no con las calidades para ser asesor de servicio al cliente de la sociedad EMTELCO SA.

Así mismo, dentro de la información contenida en el Disco Duro Externo HDD EXTERNAL CASE SERIAL ATA" con capacidad máxima de 2 TB, con fuente de poder "MODEL: HL2A-M6" y cable de conexión "USB ver 2.0 HIGH SPEED TYPE AWM E 251672" obrante a folio 180 del expediente, en la carpeta denominada "manual de capacitación", se encuentran la totalidad de las informaciones que debe ser entregada a los asesores de servicio para que a su vez ellos suministren ésta información a los usuarios cuando sea solicitada, La información allí consignada, cumple con los requisitos que la norma reglamentaria exige, lo que permite evidenciar que la actividad de suministro de información telefónica debería funcionar con absoluta normalidad, pues los asesores de servicio al cliente cuentan con todas las herramientas para ello. (...)

De otra parte, se hace necesario revisar también, dentro del mismo texto del "Dashboard calidad Contact Información General 01-2012 Dashboard Gerencial – ítem Errores Críticos Negocio. Enero de 2012", la afirmación que hace el auditor interno, quien manifiesta que el error de negocio recurrente que resulta coincidente con el suministro indebido de información a los usuarios "se presenta en las instrucciones que suministra nuestro cliente corporativo ya que los asesores no las están siguiendo: omitiendo guiones, registros en planillas, validación de datos para suministrar información". Esto último permite establecer que dentro de la auditoria interna efectuada por el personal adscrito al call center de la Sociedad Investigada, se identificó la existencia de un problema que afectaba el modelo de negocio, pues los asesores de servicio al cliente que atienden las solicitudes de los usuarios a través de la línea gratuita de atención telefónica, brindan información errada.

En este mismo sentido, dentro del texto del "Dashboard Calidad Contact Información General 02-2012 Dashboard Gerencial – ítem Errores Críticos Negocio. Febrero de 2012", el auditor interno identifica de nuevo el problema de información brindada de manera inadecuada, y como consecuencia de ello, propone que a partir del mes de marzo de 2012 "en conjunto operación y formación realicen refuerzos frente a los aspectos antes mencionados, realicen acompañamiento y seguimiento de acuerdo a cada caso; es necesario que los asesores sean sensibilizados sobre la importancia de ser asesores integrales (calidad, ventas, productividad...) ya que esto se refleja en su buen desempeño. Por parte de calidad y monitoreo seguiremos atentas a identificar de forma

asertiva y simultanea aquellas falencias que se presentan ya sea de forma individual o grupal.”

Lo anterior nos permite acreditar que la sociedad investigada, a través de los procedimientos de auditoria interna citados, identificó los problemas que repercutían en eventuales vulneraciones al RPU, lo que deja ver que buscó la aplicación de medidas correctivas, con la finalidad que estos inconvenientes no se siguieran presentando.

Ahora bien, dentro de las evidencias recaudadas en la visita de inspección realizada el día 6 de junio de 2012, que obran en el expediente 16 y fueron decretadas como pruebas a través de la Resolución 64869 del 31 de octubre de 2013, se encuentra el informe de auditoría interna realizado por EMTELCO S.A. en su calidad de call center de la sociedad investigada para el mes de abril de 2012, denominado 'Dashboard Calidad Contact Información General 04-2012, que en su apartado "Dashboard Gerencial – ítem Errores Críticos Negocio. Abril de 2012" indica que una vez revisado el desempeño general del servicio telefónico al cliente, se encontró que "[en la variable 'manejo de información' se presenta afectación debido a que los asesores constantemente omiten brindar información completa, correcta y actualizada de servicios, procesos o promociones. Seguidamente, una vez identificado el problema, en el apartado denominado "errores críticos negocio" se encuentra recomendación efectuada por el auditor interno (...)

Similar situación se presenta en el informe de auditoría interna realizado por EMTELCO SA. en su calidad de call center de la sociedad investigada para el mes de mayo de 2012, denominado "Dashboard Calidad Contact Información General 05-2012, que en su apartado 'Dashboard Gerencial – ítem Errores Críticos Negocio. mayo de 2012", muestra como nuevamente el error relacionado con el manejo de información consistió "[e]n esta se identificaron casos en los cuales los asesores omitieron o brindaron información errada sobre la promoción de números parceros (sic) prepago ya que no aclararon información importante como el valor de una modificación o el saldo que debe tener el cliente para el recobro de la promoción, tampoco aclararon sobre las políticas a tener en cuenta como cantidad de números de acuerdo al plan, que esta promoción no aplica de manera simultánea con la promoción de favorito ilimitado prepago. Así mismo, algunos asesores omitieron brindar información importante y correcta sobre el funcionamiento, cobro, características y cancelación de códigos premium ya que se brinda información errada desde el momento de la consulta para verificar que servicios tiene activos el usuario, código, suscripción, proveedor hasta el proceso de cancelación, es decir no informan correctamente como realizar el proceso cuando no realizan el proceso establecido que es transferir al IVR o enviar sms Web afectando con esto la solución en primer contacto y la efectividad de la llamada. También se han identificado errores al momento de relacionar el tipo de servicio suscrito por nuestro usuario con un determinado código, es decir, validan en los aplicativos dichas suscripciones pero relacionan mal si la suscripción es de un servicio o de otro. De igual forma, Luego de realizar o confirmar la suspensión por robo o pérdida, algunos asesores omiten información con respecto a los procesos a seguir en el momento de acercarse a generar la reposición de la línea".

Todo lo anterior permite establecer que la sociedad investigada, a través de su call center identificó las falencias que se presentaban en los procesos de suministro de

información a los usuarios, identificó las posibles soluciones, pero sin embargo la conducta violatoria del régimen siguió teniendo ocurrencia.

*Así, pues, queda claro que a pesar de las circunstancias identificadas y las medidas sugeridas, los asesores de servicio al cliente a través de la línea telefónica de atención de la Sociedad investigada, brindaron durante todo el periodo analizado (enero 2012 a mayo 2012) información inadecuada a los usuarios, esto es, información que **NO** es clara, transparente, necesaria, veraz anterior, simultánea y de todas formas oportuna, suficiente, comprobable, precisa, cierta y completa.*

En conclusión, lo que se evidencia, tal como fue analizado, es que mes tras mes del periodo sometido a inspección, se presentaron los mismos inconvenientes en la adecuada atención de los Usuarios, es decir, que la información suministrada, no cumplió con los estándares mínimos que las normas reglamentarias invocadas establecen (...)

En primer lugar resulta necesario retomar el análisis efectuado en líneas anteriores del presente pronunciamiento, en lo atinente a la información que se debe brindar respecto de las condiciones generales en que operan las promociones y ofertas, con la finalidad de poner de presente a la sociedad investigada que en el Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de comunicaciones, el cumplimiento de la norma imputada, se da cuando se le brinda a los usuarios completa y permanente información sobre la forma y condiciones en que se puede acceder a ofertas y promociones disponibles, bien sea al momento de adquisición de los servicios de comunicaciones, o en cualquier momento de la ejecución del contrato. Así, tal como ya se indicó, no basta con que la promoción u oferta se encuentre publicada, sino que deben ser informadas sus condiciones de acceso por el medio que sean solicitadas, a fin de que el usuario pueda tomar una decisión informada respecto del tipo de servicio que espera o quiere que el PRST le preste.

Ahora bien, el informe de auditoría interna que sirvió como sustento probatorio a la imputación del cargo, hizo referencia expresa a usuarios que se comunicaron a la línea gratuita de atención al cliente "solicitando información sobre tarifas o marcación para LDI". Ello, sin lugar a dudas permite establecer que los usuarios sí estaban buscando información sobre un servicio que presta el usuario (servicio de larga distancia internacional), que para dicho servicio la sociedad investigada tenía vigente una promoción u oferta ("paquete promocional de 5 minutos LDI"), y que muy a pesar de la instrucción que para ello establece la norma, no brindaron esa información a los usuarios.

Esto último, sin efectuar un acucioso proceso interpretativo, permite evidenciar que el Comportamiento de la sociedad investigada durante el mes de mayo de 2012, según lo indicó el documento "Dashboard Calidad Contact Información General 05-2012 Dashboard Gerencial – ítem Errores Críticos Negocio. Mayo de 2012", estuvo por debajo del estándar que la norma impone para el efecto (...).

(...) para la sociedad investigada, "el hecho que en las cláusulas contractuales del acuerdo establecido entre el operador y la empresa Emtelco S.A., se establezca que ésta última garantiza la administración de las llamadas por 3 meses, quiere decir que dicha empresa tendrá la custodia y responsabilidad por dicho término, y en el periodo legal restante la obligación recaerá sobre el operador Colombia Móvil y no sobre Emtelco S.A."

De lo dicho por la investigada, al parecer la conservación de las grabaciones, no se hace, como indiciariamente lo denota el contrato, por tres (3) meses, sino que el periodo restante, y al que obliga la regulación corre por cuenta de ella, dando así – según expone - cumplimiento a la norma imputada. No obstante lo anterior, no existe prueba dentro del expediente que acredite dicha afirmación, la cual por el sólo hecho de aducirse no se torna cierta.

Ahora bien, pretende la investigada trasladar sus cargas procesales a la Autoridad, en el sentido de ser esta última quien indague sobre la conservación y almacenamiento de las llamadas por el tiempo que obliga la regulación. Respecto de la última afirmación, es necesario acotar que la carga de la prueba no está señalada de acuerdo al Procedimiento administrativo, pues no se establece de manera previa al sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. (...)

(...) puede concluirse entonces que la sociedad investigada no estaría dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 51 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en tanto que de las pruebas analizadas líneas atrás, se desprende sin arrojamiento de duda que las Peticiones, Quejas y Recursos que ingresaban a la línea gratuita de atención al cliente eran ingresadas en otras clasificaciones (primer contacto), o no eran clasificadas o se encontraban mal clasificadas, lo que supondría la imposibilidad de llevar un registro debidamente actualizado de las peticiones, quejas y recursos presentadas por los usuarios, pues resulta obvio que, ante la imposibilidad de contar con los elementos mínimos de una PQR, como lo es su tipología, mal podría llevarse un registro fidedigno ajustado a la realidad.”⁷

De este modo, se observa que, en primer lugar, la entidad procedió a analizar en su integridad todas las pruebas obrantes en el proceso, incluso contrastando la información contenida en cada una de estas, además de advertir que es la misma sociedad la que reconoció sus falencias en los informes internos obtenidos, y en los registros de llamadas y reportes de información presentados en el periodo investigado del año 2012, por lo que ante el sustento de COLOMBIA MÓVIL invocado en la demanda referente a que no cometió las infracciones imputadas implica una carga probatoria que no logra acreditar ni desvirtúa el análisis efectuado por la entidad en los actos acusados.

Frente a este aspecto debe tenerse en cuenta que el artículo 167 del Código General del Proceso, dispone que “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, y su desarrollo doctrinal ha considerado que:

“...la carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan

⁷ Folios 69 a 86 Cuaderno No. 1

demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”⁸. Sobre este punto se ha referido la Sala Plena en los siguientes términos⁹:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.”¹⁰

En ese orden de ideas, a las partes del proceso les corresponde desplegar un acervo probatorio que les permita acreditar los supuestos fácticos que alegan y así logren dar aplicación a la normatividad que invocan, ya que de no hacerlo, asumen las consecuencias tanto positivas como negativas que del debate probatorio se produjesen y en el que participan en igualdad de condiciones, por cuanto de su análisis, aportación, contradicción y valoración, deviene el convencimiento que inspira la decisión del juzgador.

Por tanto, la sociedad demandante solo se limita a afirmar que no cometió las infracciones imputadas pero lo que se observa es que probatoriamente no logra acreditar estas aseveraciones, ni en la actuación administrativa, ni en este proceso judicial.

⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. pág. 406

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo. Exp. Radicado 23001-23-31-000-1998-11014-01(36419). Sentencia del 31 de Agosto de 2015

En esa medida, la sociedad demandante no acreditó durante la actuación administrativa los supuestos fácticos y jurídicos que permitieran arribar a la conclusión de no haber incurrido en las infracciones imputadas, pues incluso sus pruebas fueron contrapuestas con las obtenidas por la entidad, encontrando incongruencias y falencias que inclusive no fueron negadas por COLOMBIA MÓVIL frente a su deber de información, la atención a los usuarios y el reporte de las peticiones, quejas y reclamos frente al servicio prestado, y por el contrario, se evidencia que la entidad expuso los argumentos y razones debidamente soportados en las pruebas obrantes en el expediente que le permitieron determinar que la sociedad demandante incumplió lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009 y el Régimen de Protección a Usuarios de los Servicios de Comunicaciones - Resolución CRC 3066 de 2011.

En consecuencia, considerando que la falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación, es claro que el demandante no logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, respecto de los cuales no se acredita ningún supuesto de la falsa motivación.

Conforme lo anterior, la falsa motivación alegada por el demandante no se encuentra acreditada, como quiera que se les dio valor probatorio a todos los documentos aportados en la actuación administrativa, no se desconoció ninguna reserva o privacidad frente a los informes internos obtenidos por la SIC como sustento de la investigación administrativa, y en esa medida se realizó un análisis juicioso de la totalidad de las pruebas recaudadas, razón por la que no tiene vocación de prosperidad el primer cargo presentado por la parte demandante.

3.4.3. Análisis del segundo cargo de nulidad: Infracción a las normas en que debía fundarse - Presupuestos de dosificación sancionatoria contenidos en la Ley 1341 de 2009 y su aplicabilidad o desconocimiento en el caso concreto.

El demandante afirma que en los actos demandados no se observa el análisis de los criterios para dosificar la sanción y las razones por las cuales se impuso la multa y por qué llegó a ese valor, es decir, que se generó una infracción a las normas en que debía fundarse, lo cual a su vez desconoce la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Conforme lo anterior, y siguiendo la misma línea argumentativa referida por la Sala *ut 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:

“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 para personas naturales.
3. Multa hasta por el equivalente a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas.
4. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
5. 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 de hasta 15.0000 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 Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de determinada sanción a una persona jurídica, *verbi gratia* Colombia Móvil S.A. ESP, 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.

Si bien la Sala advierte que en la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015 sólo se hace referencia expresa al presupuesto de la gravedad de la falta al imponer la

sanción, 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 SIC 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 asomo de 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 que 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 y 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 COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, en la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015, puesto que *“Estas conductas desvirtúan los principios rectores del Régimen integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, como lo son los principios de calidad, libre elección y de formular peticiones quejas y recursos, los cuales se instituyen como criterio orientador e interpretativo de las normas que componen la regulación, hecho tal que afecta indudablemente a los usuarios, ya que debe recordarse que la Ley 1341 de 2009 le confirió fuerza a los principios desde el objeto de la Ley y a lo largo de la misma, quedando claro que la intervención del Estado debe garantizar la protección de los derechos de los usuarios.”*¹¹, es decir, la infracción cometida denotaba una gravedad en la conducta cometida y por ende, una efectiva lesión o afectación no sólo al interés jurídico de los usuarios, sino además la materialización de la actuación en contravía de la normatividad que

¹¹ Folio 89 Cuaderno No. 1

regula un determinado y específico sector, 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 usuarios del sector de las comunicaciones, vigilar la prestación del servicio.

En otras palabras, para el usuario que eleva peticiones, quejas y reclamos (PQR) resulta grave que estas no se resuelvan o atiendan según lo establecido legal y reglamentariamente, que el usuario cuente con la grabación de su llamada y con ello de la prueba de lo acaecido en ella. Y al omitirse o llevarse de manera indebida el registro, clasificación de la información y grabación de las PQR, no solo se incumple las disposiciones de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (resolución CRC 3066 de 2011 para este caso), sino que impiden precisamente el monitoreo de los tiempos y calidad del servicio, la posibilidad de evaluar la causas de las llamadas y demás insumos para efectuar el seguimiento y evaluación del servicio y del sector, lo que contraría las garantías y derechos fundamentales de un Estado Social de Derecho y concretamente las disposiciones del sector de las telecomunicaciones.

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 varias obligaciones impuestas e incluso el reconocimiento de derechos de los usuarios que gozan de especial protección.

- ***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 no sólo en la alteración del ordenamiento jurídico y la prestación del servicio, sino además en la vulneración de los derechos de los usuarios como bien lo manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015

Frente a este criterio señaló concretamente la entidad en la mencionada Resolución:

“(...) la gravedad se evidencia en la actitud tomada por los asesores de servicio al cliente que brindan atención telefónica quienes ante la solicitud de un usuario para interponer una PQR, de manera deliberada cuelgan la llamada, sin atender la solicitud elevada por el usuario. (...) vulnera gravemente el principio de libre elección que irriga en general actuaciones en el mercado de los servicios de comunicaciones, pues constriñe a los usuarios a continuar expuestos a servicios con los que no quieren contar, pese a manifestar su voluntad en sentido contrario. (...).

Se vulnera el principio rector de calidad y a su vez, se impide a los usuarios acceder al

soporte de sus PQR's para efectos futuros, de acuerdo a la directriz trazada por el artículo 46 de la Resolución CRC 3066 de 2011, vulnerándose así las garantías que le corresponden a los usuarios de servicios de comunicaciones en el trámite de sus PQR's ante los proveedores. (...)

La comisión de la conducta por parte de la sociedad investigada, permite colegir una actitud desafiante frente a la autoridad administrativa, pues encontrándose en la obligación de remitir la totalidad de la información referente a las PQR's presentadas por los usuarios, convenientemente remite, sin explicación alguna, unos datos que no resultan coincidentes con el total de las solicitudes efectuadas por los usuarios a través de la línea gratuita de atención telefónica, mostrando de esta forma unos resultados que distan de la realidad. (...) ”¹²

En ese sentido, la empresa debe tener en cuenta que el hecho de trasgredir la normatividad del sector, y además haberse demostrado que se vulneró los criterios de calidad exigidos a la misma, así como responsabilidades establecidas para la prestación correcta del servicio, 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 los derechos de los usuarios 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 específicas de la Resolución CRC 3066 de 2011, para que a través de la multa se restablezca el ordenamiento jurídico vulnerado y se re aconduce para no seguir lesionando esos derechos, 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...”¹³, 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.

Ahora, en el presente caso la entidad no se manifestó en los actos demandados de forma expresa frente a la reincidencia en la conducta, sin embargo, al no verificarse

¹² Folios 90 y 91 Cuaderno No. 1

¹³ Corte Constitucional Sentencias C-290 de 2008 y 077 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

su procedencia, no se le impide inhibirse de imponer una sanción, lo que permite arribar a la conclusión de que dicho criterio fue analizado objetivamente según las mismas indagaciones que ha adelantado la Superintendencia de Industria y Comercio 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 Nos. 16287 de 2015, 86012 de 2015 y 11356 de 2016, 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...¹⁴ (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Así pues, el legislador en nuestro país estableció como uno de los criterios para sancionar en materia de telecomunicaciones el relacionado con la proporcionalidad sin especificar los parámetros a tener en cuenta para su análisis, 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 por completo 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

¹⁴ 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.

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”¹⁵.

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 de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones que en este caso se encontraron vulnerados por el incumplimiento de varias disposiciones normativas por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, y en virtud de eso, se le impuso la sanción final de multa consistente en novecientos (900) 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 quince mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (15.000), tal y como lo establece el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Al respecto, la entidad hizo referencia la proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución No. 16287 del 13 de abril de 2015 en la que tras analizar cada uno de los cargos y su gravedad particular indicó que *“Se encuentra establecido, como quedó visto, el incumplimiento por arte de la sociedad investigada respecto de lo dispuesto en los artículos 53, numeral 2 y 64 numeral 5 de la Ley 1341 de 2009; los artículos 3, literales c), d) y g) del numeral 10.1 del artículo 10, 11, 31, 39, 46, 51 y 103 del Régimen Integra de Protección de los Derechos de los usuarios de los Servicios de Comunicaciones, contenido en la Resolución CRC 3066 de 2011, así como de los numerales 1.7.1.3, 1.7.1.4 y 1.7.1.6 del Capítulo Primero del Título III de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

*Como consecuencia, al tenor de lo previsto en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009, se impondrá a la sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. ESP., (...) una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de **QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES***

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS /MCTE (579´915.000), EQUIVALENTES A NOVECIENTOS (900) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, monto al que se llegó luego del análisis efectuado en el presente pronunciamiento.¹⁶

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 los derechos de los usuarios y el cumplimiento de las normas del sector de telecomunicaciones) por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a la conducta infractora investigada, pues se comprobó que el proveedor de servicios vulneró lo dispuesto en los artículos 53, numeral 2 y 64 numeral 5 de la Ley 1341 de 2009; los artículos 3, literales c), d) y g) del numeral 10.1 del artículo 10, 11, 31, 39, 46, 51 y 103 del Régimen Integra de Protección de los Derechos de los usuarios de los Servicios de Comunicaciones, contenido en la Resolución CRC 3066 de 2011, así como de los numerales 1.7.1.3, 1.7.1.4 y 1.7.1.6 del Capítulo Primero del Título III de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, se valoró la gravedad desde una perspectiva subjetiva (usuario) 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 re aconductuar sus actuaciones, y por tanto no hubo un indebido ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, ni el sobredimensionamiento de la conducta o de la sanción, por lo que este cargo tampoco prospera.

Así las cosas, concluye la Sala que la Resolución N° 16287 del 13 de abril de 2015, mediante la cual se impone una sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio consistente en una multa de 900 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS/MCTE (579´915.000); la Resolución N° 86012 del 30 de octubre de 2015 que decide no reponer y concede el recurso de apelación; y la Resolución N° 11356 del 10 de marzo de 2016, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la decisión impugnada, no fueron expedidas con falsa motivación o infracción a las normas en que debía fundarse - desconocimiento de los criterios de dosificación sancionatoria establecidos en la Ley 1341 de 2009 y por el contrario, el demandante no logra desvirtuar la presunción de legalidad que se predica de las mismas, por lo que la Sala negará las pretensiones de la demanda.

3.5. 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:

¹⁶ Folio 91 Cuaderno No. 1

“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, en el artículo 365, numeral 1º del Código General del Proceso se señala que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*, por lo que resulta procedente la condena en costas a la parte demandante en esta instancia y se ordenará la liquidación de las mismas por Secretaría de la Sección.

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: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. Por Secretaría proceder a liquidar 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, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado