

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B

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

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS

EXP. RADICACIÓN: 110013334002 2017 00210 01

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.

DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P. contra la sentencia del 22 de enero del 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. (fls. 307-317 vtos. c.1), mediante la cual se dispuso:

"FALLA

PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida liquidense por Secretaría. Se fijan como agencias en derecho el equivalente al 4% del valor de las pretensiones al tiempo de la demanda.

TERCERO. - DEVOLVER a la parte demandante el remanente que hubiese a su favor, previa liquidación por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

CUARTO. - Ejecutoriada La sentencia, **archívese** el expediente previas las anotaciones de rigor en el sistema informático Justicia Siglo XXI. (fl. 318 vlto. c.1 – Mayúsculas y negrillas sostenidas del texto original).

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el 18 de agosto del 2017 en la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del

Circuito de Bogotá, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P., actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 a 19 c.1), con las siguientes súplicas:

"II. PRETENSIONES.

"1. Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

➤ Resolución No. **9789** del 29 de febrero del 2016, por la cual se impuso una sanción administrativa pecuniaria por la suma de SETENTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$72.392.775).

➤ Resolución No. **46745** del 19 de julio 2016, por el cual se resuelve el recurso de reposición y se concede el de apelación modificando el artículo primero de la resolución No. **9789** del 29 de febrero de 2016, respecto de la sanción administrativa pecuniaria por la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$34.472.750)

➤ Resolución No. **9400** del 3 de marzo de 2017, por el cual se resuelve un recurso de apelación confirmando la resolución 46745 del 19 de julio 2016.

2. Que, como consecuencia de la anterior, se restablezca el derecho de mi representada declarando que no hay lugar a la sanción pecuniaria contenida en el Artículo Primero de la parte resolutive de la Resolución No. **46745** del 19 de julio de 2016, que señala: "Modificar el Artículo Primero de la resolución No. 9789 del 29 de febrero de 2016(...)"

2. Hechos.

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) Indica que, la Dirección de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio decidió iniciar una investigación administrativa mediante formulación de cargos a través de la Resolución No. 24318 de fecha 15 de mayo de 2015 (expediente 13-212488), con motivo de la denuncia presentada por la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.042.025.

2) Comunica que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP, presentó descargos el 2 de junio del 2015.

3) Informa que el 10 de noviembre de 2015, mediante oficio radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados, presentó desistimiento de la queja ante la citada entidad.

4) La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 9789 del 29 de febrero de 2016, resolvió imponer a la empresa demandante una sanción por la suma de \$72.392.775.

5) Señaló que el 15 de abril de 2016, la ETB S.A ESP interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No.9789 del 29 de febrero de 2016, con el fin de solicitar la revocatoria íntegra del acto administrativo, fundamentada en los criterios jurídicos, pruebas y argumentos de hecho y derechos obrantes en el citado escrito.

6) Indica que mediante la Resolución No. 46745 del 19 de julio de 2016, se resolvió el recurso de reposición modificando el artículo primero de la resolución sancionatoria y redujo el monto de la sanción a la suma de \$34.472.750.00 La citada resolución fue notificada mediante aviso entregado el 5 de agosto de 2016, quedando notificada el 9 de agosto de ese mismo año.

7) Anotó que mediante la Resolución No. 9400 del 3 de marzo de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio desató el recurso de apelación resolviendo confirmar las resoluciones que anteceden.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El concepto de violación esgrimido por la sociedad demandante tuvo como fundamento, en síntesis, los siguientes cargos:

3.1 "Infracción de las normas en que debía fundarse el acto-desconocimiento del artículo 18 del CPACA y violación al derecho de defensa y el debido proceso".

Adujo que, en el proceso administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, fue con ocasión de la denuncia presentada por la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados, por la no atención oportuna y adecuada de la petición del 14 de noviembre de 2014.

Advirtió que, dentro del proceso administrativo sancionatorio, antes de proferirse decisión definitiva, la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados, allegó al proceso administrativo el 10 de noviembre de 2015, un documento de desistimiento del proceso. Pese a lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la resolución sancionatoria.

Indicó que la entidad demandada en los argumentos expuestos en la Resolución No. 9789 del 29 de febrero de 2016, pretende justificar la continuación de la investigación en apreciaciones subjetivas, es decir, sin motivar con argumentos, la razón por la cual continuó con el proceso administrativo sancionador, pese a que existió por parte del usuario una clara e inequívoca manifestación de desistir del proceso.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio no esgrimió los motivos conforme al artículo 18 del CPACA, que la llevaron a desconocer el documento de desistimiento allegado al expediente administrativo por el peticionario de manera oportuna, habida cuenta que continuó la investigación administrativa, prescindiendo expedir resolución motivada en la que se expusieran las razones que llevaron a continuar de oficio dicha investigación por razones de interés público.

Afirmó que si bien es cierto la autoridad puede continuar con la investigación administrativa si lo considera necesario por razones de interés público, como lo señala el mismo artículo 18 ibidem, es importante señalar que para continuar la investigación se hace necesario una suficiente justificación por parte de la autoridad administrativa, lo que no se presentó en el caso que se estudia, por cuanto en el acto que impuso sanción careció de motivos que permitieran justificar a la demandada las razones de interés público que la llevaron a continuar con el proceso administrativo.

Reiteró que, en el presente asunto existe una infracción a la norma, por cuanto después del desistimiento se continuó con la actuación administrativa, esto es, con el decreto de pruebas sin expedir la resolución motivada que permitiera seguir de oficio con la investigación.

3.2. "Desconocimiento de la aplicación del precedente. Artículo 10 del CPACA y de la confianza legítima consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política. Violación del principio del debido proceso y legalidad"

Señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio varió la posición de archivar las investigaciones en la cuales se había presentado desistimientos por parte de los usuarios, evidenciando un cambio de precedente administrativo.

Indicó que la Superintendencia desconoció el precedente administrativo que se encuentra establecido en el artículo 10 del CPACA, que cita "*al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos(...)*", así las cosas, en principio, la administración frente a un hecho idéntico debió presentar una respuesta uniforme, o lo que es igual, frente al desistimiento, aplicando su doctrina reiterada archivar la investigación y en el caso de no hacerlo motivar las razones por los cuales no lo hizo, pero no con argumentos genéricos, sino analizando el caso concreto, expresando porque debe apartarse de la interpretación que hasta el momento había realizado.

Advirtió que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció el numeral 1.8 de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual se consagra que los interesados podrán desistir expresamente de sus peticiones en cualquier tiempo, antes de que se adopte la decisión definitiva, lo que conlleva a que la autoridad desconozca su propio acto.

3.3. "Violación del debido proceso y del derecho a la defensa por indebida motivación al formular los cargos al no haber indicado con claridad la norma infringida y desconocer el principio de tipicidad"

Indicó que la entidad demandada impuso sanción en atención a la configuración de la infracción contenida en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por abstenerse a presentar a las autoridades la información requerida o presentarla en forma inexacta o incompleta.

Señaló que en el marco de la investigación administrativa se evidencia una flagrante irregularidad pues la imputación fáctica se concreta en el presunto incumplimiento de la resolución No. 24992 del 21 de abril de 2014, mediante la cual resolvió un recurso de apelación, que dispuso en su parte resolutive "(i) Descontar lo correspondiente al cargo básico cobrado en los periodos en que manifiesta el reclamante que no se prestó el servicio, y procederá (sic) la reintegro del dinero, sin perjuicio de que si media solicitud del usuario se puede proceder al abono sistemático en la facturación del servicio (ii) realizar los ajustes respectivos de la facturación del usuario y, en el caso de haberse realizado el pago por parte de éste, el proveedor del servicio deberá proceder al reintegro del dinero y (iii) acreditar su cumplimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su cumplimiento (...)", esto es de un acto administrativo de carácter particular y concreto que no puede servir de justificación jurídica, tal y como lo hizo la demandada, lo que conlleva a una irregularidad en la imputación jurídica, tanto en el pliego de cargos como en la decisión sancionatoria, al pretender encuadrar una conducta en los supuestos que no se encuentran contemplados en la norma.

Manifestó que la autoridad administrativa desconoció que las infracciones en que pueden incurrir los proveedores de servicios de comunicaciones son las contempladas taxativamente en el artículo 64 de la ley 1341 de 2009, y que en ninguno de los eventos allí señalados está el desconocimiento de un acto de carácter particular, como lo es la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, que dispuso " (...) (i) Descontar lo correspondiente al cargo básico cobrado en los periodos que manifiesta la declarante que no se prestó el servicio, y procederá (sic) la reintegro del dinero, sin perjuicio de que si media solicitud del usuario se puede proceder al abono sistemático en la facturación del servicio (ii) realizar los ajustes respectivos en la facturación del usuario y, en el caso de haberse realizado el pago por parte de éste, el proveedor del servicio deberá proceder al reintegro del dinero y (iii) acreditar su cumplimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su cumplimiento (...)".

Recalcó que el supuesto incumplimiento de las órdenes mencionadas no guarda relación alguna con el deber de atender los requerimientos de información solicitados, lo cual conllevó a la infracción contenida en el

numeral 5 de la ley 1341 de 2009, por tanto, la situación fáctica se aleja del fin consagrado en la formulación normativa por comportar acciones o deberes totalmente distintos.

3.4. "Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción. Violación al principio de legalidad".

Indicó que, al revisar los actos acusados, se echa de menos la falta de valoración de cada uno de los criterios que trae el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En la resolución sancionatoria la entidad demandada, al pretender valorar los criterios para la definición de la sanción, hizo alusión tan solo a dos criterios, uno referente a la gravedad de la falta y el segundo el de reincidencia, sin hacer alusión a los demás criterios contenidos en la norma descrita.

Recalcó que, la Superintendencia de Industria y Comercio al pretender valorar el criterio de reincidencia, desconoció que para valorar ese criterio, debió precisar cuándo se incumplió, indicando en la parte motiva de la decisión la existencia de unos pronunciamientos donde hay decisiones sancionatorias previas por parte de la autoridad administrativa que sanciona, es decir señalando uno o varios casos en los que el investigado o disciplinado o infractor fue sancionado por el mismo comportamiento, ya que la reincidencia no puede ser pregonada como criterio para imponer una sanción de manera generalizada como lo hace la entidad demandada., puesto que no explicó en qué casos ocurrió, demostrando la entidad la infracción y el supuesto fáctico que se está analizando.

Concluyó que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, al no valorar los criterios allí definidos y no explicar la valoración de cada uno de ellos, omisión que genera nulidad de los actos demandados por indebida imputación y por falsedad en la misma.

3.5. "Desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción. Violación al principio de legalidad".

Señaló que se evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio cometió graves falencias al analizar la conducta desplegada por la empresa demandante, también desconoce el principio de proporcionalidad de la sanción, por cuanto no motivó las razones por las cuales impuso una multa de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, pues si bien sostiene la entidad demandada que la graduación de la sanción le fue atribuida por la ley y que obedece a una facultad discrecional que no es absoluta, con mayor razón implica que a mayor discrecionalidad, mayor debe ser el deber de motivar, lo cual no se ve reflejado en las resoluciones demandadas.

En la imposición de la multa la entidad demandada incurrió en la violación al debido proceso por desconocimiento al principio de proporcionalidad y vulneración del artículo 44 del CPACA., al imponer una sanción sin análisis de los hechos que sirvieron de sustento en la actuación administrativa y desatendiendo el efecto que tenía al momento de fijarse la sanción, por el desistimiento, es decir, la manifestación de la usuaria de haber sido atendida favorablemente su pretensión.

La sanción en el presente procedimiento administrativo sancionatorio dependió única y exclusivamente de la voluntad del operador administrativo, en este caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, que no tuvo un criterio que permitiera verificar la objetividad de esta.

4. Contestación de la demanda.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda (fls. 282 al 289 c.1), solicitando que se denieguen las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, con fundamento, en síntesis, bajo los siguientes planteamientos:

Señaló que respecto del cargo denominado expedición irregular con relación al fenómeno del desistimiento es falso, pues la Superintendencia de Industria y Comercio justificó en las resoluciones que resolvieron los recursos los motivos por los cuales procedió de oficio con la investigación, pese a contar con el desistimiento allegado por la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados el 10 de noviembre de 2015, señalando que la misma buscaba la protección del interés general y no solo intereses particulares.

Expresó que no todos los supuestos fácticos sustentados en la presente demanda fueron probados durante la actuación administrativa, pues la Superintendencia nunca contó con una prueba idónea, pertinente y conducente que demostrara fehacientemente que la Empresa de telecomunicaciones de Bogotá S.A, E.S.P, diera una respuesta oportuna al usuario, lo cual no sucedió, razón por la cual la entidad no tenía otra opción que proteger el régimen jurídico de protección a los usuarios de comunicaciones.

En cuanto a la falta de justificación para continuar con la investigación, indicó que las razones por las cuales la Superintendencia siguió adelante con la investigación fueron indicadas en los actos que resolvieron los recursos, en los que se expuso que el curso de la actuación que se desarrolló con ocasión a la protección del interés general.

Insistió que los actos administrativos acusados fueron debidamente motivados, toda vez que la entidad los fundamentó en los supuestos facticos y jurídicos que se encontraban probados dentro de la actuación administrativa, sin desconocer situaciones jurídicas que no estuvieron demostradas.

Adujó frente a la indebida tipificación por inobservancia de los criterios legales para la definición de la sanción, que en los actos administrativos demandados se analizó la gravedad de la falta y la reincidencia, para lo cual se tuvo en cuenta que la infracción está relacionada con los derechos de los consumidores de servicios de telecomunicaciones, y los consumidores son considerados por la jurisprudencia como importantes valores constitucionales y que existe con dicho incumplimiento una vulneración a la confianza legítima del usuario de telecomunicaciones que esperaba que se le respondieran sus peticiones.

Acotó que una vez determinada la conducta y demostrado que la misma encajaba en los supuestos de hecho y de derecho del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, procedieron a la imposición de la sanción con sujeción a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que la misma norma establece en su artículo 66 ibidem.

5. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. mediante providencia del 29 de junio de 2018 (fls. 263 a 273 cdno. no. 1), procedió a emitir la sentencia apelada denegando las pretensiones de la demanda con el sentido y alcance de las determinaciones ya transcritas en la parte inicial de esta providencia.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron, en síntesis, los siguientes:

Señaló que los argumentos de la demanda en contra de los actos administrativos demandados se dirigieron a asegurar que en el procedimiento administrativo que se adelantó en contra de la ETB no se respetó el principio de tipicidad aplicable en el derecho administrativo sancionador.

No obstante, a lo anterior, expresó que del contenido de la Resolución 9789 de 2016, fue solo hasta el 24 de noviembre de 2014, que la sociedad investigada acreditó el cumplimiento de la Resolución 24992 del 21 de abril de 2014, a través de la comunicación que fue remitida a la quejosa el 6 de noviembre de 2014, sin embargo no se acreditó que la misma hubiera sido puesta oportunamente en conocimiento de la quejosa, por lo que no era posible determinar si tuvo conocimiento del dinero ajustado a su favor. Por lo tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó en la resolución No. 9789 del 2016, que se acreditó el cumplimiento por fuera del término establecido, el cual vencía el 18 de noviembre del 2014 y que no allegó prueba que determinara que le brindó la información a la usuaria de las garantías reconocidas a su favor.

Señaló, que durante el proceso administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la E.T.B, se mantuvieron las causales sobre las cuales le fueron imputados cargos, respetando en todo caso el derecho de defensa y contradicción durante la actuación administrativa, sin que se encontrara sustento a los argumentos

expuestos en la demanda frente al cargo de violación del debido proceso y el principio de tipicidad de la conducta.

Respecto al desconocimiento de los artículos 10 y 18 de la Ley 1437 del 2011, en atención a que no se tuvo en cuenta el desistimiento por parte de la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados, el juez de primera instancia consideró que no puede predicarse una violación al derecho de defensa por la Superintendencia de Industria y Comercio, si se tiene en cuenta que dentro del acto administrativo con el cual se resolvió el recurso de reposición se explicaron las razones que le motivaron a descartar la solicitud de archivo y continuar adelante con la investigación. Entre ellas la necesidad de salvaguardar el Régimen de Protección a los usuarios de los Servicios de Comunicaciones y evitar la reincidencia de conductas que vulneren los derechos de los usuarios.

Por lo anterior, el juez de primera instancia indicó, que el argumento de violación al principio de confianza legítima no tiene asidero, toda vez que si bien se pueden apreciar en el expediente otros casos en los que la demandada ha estimado procedente la solicitud de desistimiento de los usuarios que presentan quejas en contra de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, dicha actuación no podía ser entendida como un precedente en los términos del artículo 10 ibidem, en primer lugar porque los casos no eran iguales y en segundo lugar porque la ley otorgó la potestad a las autoridades administrativas de continuar o no con las actuaciones, siempre y cuando las consideren procedentes por razones de orden público.

Señaló que, al revisar los actos demandados, advirtió que se consignaron las razones que motivaron a la Superintendencia de Industria y Comercio a continuar con el procedimiento administrativo sancionador en este asunto.

En cuanto al cargo de Infracción en las normas superiores en que deberían fundarse los actos administrativos demandados, en atención a la aplicación de los criterios previstos en el artículo 66 de la ley 1341 de 2019, indicó que revisadas las resoluciones Nos. 46745 de 2016 y 9400 de 2017, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación,

se tiene que en ellas se efectuó un amplio análisis legal y jurisprudencial sobre el cual se basó la decisión de graduar finalmente la multa en el monto impuesto de 50 smmlv.

Sostuvo, además, que la multa impuesta se sustentó en el criterio de gravedad de la falta, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, se acreditó de manera extemporánea, por cuanto el término fenecía el 18 de noviembre de 2014 y solo hasta el 24 de noviembre siguiente fue demostrado ante la entidad mediante la comunicación con radicado No. 13-212488-00008-000, por fuera del término que tenía para dar cumplimiento.

El juez de primera instancia precisó que se encontró probado en el expediente, que la entidad demandada justificó el monto y la imposición de sanciones en los actos administrativos discutidos dentro del límite máximo señalado en el artículo 66 de la ley 1341 de 2009, esto es 2000 smlmv, contrario a lo planteado por la sociedad demandante, razón por la cual el cargo no prosperó.

6. El recurso de apelación.

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia (fls. 295 a 298 c.1), impugnación que fue concedida por el *a quo* mediante auto del 21 de agosto de 2018 (fl. 300 *ibidem*).

La parte actora, esto es, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP, presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a fin de que esta sea modificada en el sentido de que se acceda a las pretensiones de la demanda, sustentándolo, en síntesis, en los siguientes términos:

1) Infracción a las normas en que debía fundarse el acto-desconocimiento del artículo 18 del CPACA y violación al derecho de defensa y el debido proceso.

Indicó que contrario a las consideraciones del *a quo*, que la Superintendencia de Industria y Comercio sí desconoció la aplicación del

artículo 18 de la ley 1437 de 2011 (modificado por el artículo 1º de la Ley 1755/2015).

Con relación al desistimiento de la usuaria, considera que la imputación realizada en el pliego de cargos correspondía a la presunta no atención oportuna ni adecuada de una petición presentada por la señora Diana Elizabeth Diaz Granados, el 14 de noviembre de 2014, no obstante, se continuó con la investigación a pesar del desistimiento presentado el 10 de noviembre del 2015, al haberse atendido su petición, sin señalar de forma particular y concreta la razón de orden público invocada y que fue solo de manera extemporánea, en el acto que resolvió el recurso de reposición que se pretendió motivar la razón por la cual el desistimiento de la queja por parte del interesado no constituía impedimento para continuar con la investigación.

2) Desconocimiento de la aplicación del precedente, artículo 10 del CPACA y de la confianza legítima consagrado en el artículo 83 de Constitución Política. Violación al principio del debido proceso y legalidad.

Señala que, la Superintendencia de Industria y Comercio varió la posición de archivar las investigaciones en la cuales se había presentado desistimientos por parte de los usuarios, evidenciando un cambio de precedente administrativo, en atención a que en situaciones similares la demandada procedió al archivo de las investigaciones.

Informó que la demandada cambió la modalidad de sus decisiones, pues en otras actuaciones al existir un desistimiento por parte del quejoso, procedió a archivar los procesos, bajo las mismas circunstancias, lo que indica que desconoce sus propios actos.

Advierte que, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció el numeral 1.8 de la Circular Única emitida por la citada entidad en la cual se consagra que los interesados podrán desistir expresamente de sus peticiones en cualquier tiempo, antes de que se adopte la decisión definitiva, lo que conlleva a que la autoridad desconozca su propio acto.

3) Violación al debido proceso: violación del principio de tipicidad-legalidad y de defensa por indebida formulación de cargos.

Advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la empresa demandante con base en una imputación jurídica basada en el presunto incumplimiento de la Resolución 24992 del 21 de abril de 2014, esto es de un acto administrativo de carácter particular y concreto, que nada tiene que ver con el presunto incumplimiento de lo establecido en el numeral 5 de artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, pues se pretendió encuadrar una conducta en supuestos que no se encuentran contemplados en la norma.

4) Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción. Violación del principio de legalidad.

Indica que, al revisar los actos acusados hubo la falta de valoración de cada uno de los criterios que trae el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Indicó el apelante que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 al no valorar los criterios allí definidos y no explicar la valoración de cada uno de ellos, omisión que genera nulidad de los actos demandados por indebida imputación.

Señaló que los criterios establecidos, no tratan aspectos aislados como de manera inequívoca lo entendió la Superintendencia de Industria y Comercio, sino de parámetros de valoración que se deben analizar en su totalidad.

Advierte que la demandada cometió graves falencias al analizar la conducta desplegada por la empresa demandante, y desconoció el principio de proporcionalidad de la sanción, por cuanto, no motivó porqué impuso una multa de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, pues si bien sostiene que la graduación de la sanción le fue atribuida por la ley y que obedece a una facultad discrecional que no es absoluta, con mayor razón implica que a mayor discrecionalidad, mayor debe ser el deber de motivar, lo cual no se ve reflejado en las resoluciones demandadas.

La entidad demandada vulneró del artículo 44 del CPACA., al imponer una sanción sin análisis de los hechos que sirvieron de sustento en la actuación administrativa y desatendiendo el efecto que tenía al momento de fijarse la sanción, por el desistimiento, es decir, la manifestación de la usuaria de haber sido atendida favorablemente su pretensión.

La sanción en el presente procedimiento administrativo dependió única y exclusivamente de la voluntad del operador administrativo, en este caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, que no tuvo un criterio que permitiera verificar la objetividad de la misma.

En atención a lo anterior, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

7. Actuación surtida en segunda instancia.

Por auto del 26 de agosto de 2019 (fls. 4 a 5 cdno. ppal.), se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y posteriormente, el 9 de diciembre de 2019 (fl. 9 *ibidem*), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, oportunidad en la que el Ministerio Público podía emitir su respectivo concepto.

Dentro de dicho lapso, tanto la sociedad demandante como la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión (fls. 11 al 20 y 21 al 35 cdno. ppal.), donde, en síntesis, reiteraron los argumentos expuesto en los escritos contentivos de la demanda, contestación de la misma y del recurso de apelación.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, rindió concepto (fls. 36 y 37 cdno. ppal.), manifestando en síntesis lo siguiente:

En cuanto al aspecto objetivo de la responsabilidad debe tenerse en cuenta que en la sentencia C-616 de 222, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa en la cual se reiteró que la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo la

especificidad de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva.

En el asunto objeto de juzgamiento se cumplen los parámetros señalados, pues está acreditado que la empresa pudo actuar de otra manera y no decidió no hacerlo, sin que importe la razón o voluntariedad de su actuar omisivo.

La intencionalidad de la conducta resulta pertinente para la dosificación de la sanción, sobre este particular no resultan de recibo las justificaciones del demandante, puesto que sin duda la omisión de contestar oportunamente la petición del señor Juan Miguel Rodríguez es constitutiva de la sanción impuesta, por la afectación de un derecho de naturaleza fundamental.

En la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio no se advierte la existencia de vicios que hubieren vulnerado los derechos de publicidad, contradicción y defensa de la empresa.

Por lo anterior, concluye el Ministerio Público que la sentencia apelada debe ser confirmada.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) Competencia del ad quem 2) Aspecto preliminar 3) objeto de la controversia; 4) análisis de los recursos de apelación; y 5) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*.

Sobre el punto, cabe advertir que, dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.SP., con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

En efecto, el artículo 328 del Código General del Proceso, preceptúa:

"Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)". (Negritas fuera de texto).

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

2. Aspecto preliminar

Pone de presente la Sala de Decisión que el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos Nos. PCSJA20-11519 del 16 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 21 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11529 del 25 de marzo de 2020, PCSJA20- 11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 mediante los cuales suspendió los términos judiciales desde el 17 de marzo y hasta el 24 de mayo de 2020, exceptuando las acciones constitucionales, *habeas corpus* y controles inmediatos de legalidad, como parte de las medidas adoptadas para la preservación de la vida y la mitigación de riesgos con ocasión de la situación de emergencia sanitaria generada por la irrupción y pandemia del denominado coronavirus Covid-19.

A partir del Acuerdo No. PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 igualmente proferido por el Consejo Superior de la Judicatura se incluyó como excepción a esa suspensión aquellos procesos que en cualquiera de

los medios de control jurisdiccional establecidos en la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 01 de 1984, inclusive, se encuentren para dictar sentencia, de primera, única o segunda instancias, así como sus aclaraciones o adiciones, decisiones que se notificarán electrónicamente (artículo 5, numeral 5.5), de manera que procede la Sala a resolver el presente medio control por encontrarse exceptuado conforme al Acuerdo PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020.

3.Objeto de la controversia.

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, pretende la declaración de nulidad de los actos administrativos contenidos las Resoluciones Nos.**9789** del 9 de febrero de 2016, **46745** de 19 de julio de 2016 y **9400** de 3 de marzo de 2017, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por: **i)** Infracción a las normas en que deberían fundarse, desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1437 de 2011 y violación al derecho de defensa y el debido proceso, **ii)** Desconocimiento de la aplicación del precedente (artículo 10 del CPACA) y de la confianza legítima (artículo 83 de la Constitución Política), **iii)** violación al principio de tipicidad, legalidad y defensa por indebida formulación de cargos y **iv)** Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción. Violación del principio de legalidad y desconocimiento del principio de la proporcionalidad de la sanción.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad de los actos administrativos señalados, y se le ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC la devolución y/o reintegro a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP, debidamente indexada, las sumas pagadas como sanción con ocasión de la expedición de los actos demandados.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, en los términos ya indicados en el acápite de la sentencia impugnada.

El recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP, se contrae a solicitar que se revoque la sentencia de

primera instancia, y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, en los términos ya indicados en el acápite del recurso de apelación.

4. Análisis de la apelación.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala confirmará la sentencia apelada, por las razones que se consignan a continuación:

En primer lugar, es importante advertir que, como ya se dijo en el acápite 2 de estas consideraciones, dado que solamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, dado que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no regula ese aspecto procesal, la competencia del juez en segunda instancia se circunscribe exclusivamente al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada, vale decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, razón por la cual, la competencia funcional de esta Corporación se encuentra restringida legalmente.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los planteamientos esgrimidos por la sociedad recurrente, tenemos lo siguiente:

1) Infracción a las normas en que debería fundarse el acto, desconocimiento del artículo 18 del CPACA y violación al derecho de defensa y al debido proceso.

Sobre este punto de la apelación la Sala destaca que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, controvierte que la Superintendencia de Industria y Comercio haya seguido adelante con la investigación y posteriormente profiriera sanción en su contra, pese a que la señora Diana Elizabeth Jiménez Granados (usuaria) radicó oportunamente ante el ente de control, inspección y vigilancia, memorial desistiendo de la queja formulada y solicitando el archivo de la investigación.

Lo anterior, bajo el entendido que según lo expuesto por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, no se presentaron fundamentos particulares y concretos para justificar las razones de interés público para que pudiera continuar de oficio con la actuación y que por ende no fue una decisión que tuviera en cuenta el desistimiento presentado por la usuaria, además, porque la citada empresa atendió favorablemente la petición del usuario, razón por la cual no se vulneró derecho fundamental alguno.

El artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, prevé que ante un escrito de desistimiento de petición, la autoridad puede continuar de oficio la actuación administrativa, en el evento de considerarlo necesario por razones de interés público; facultad que no le estaba vedada a la Superintendencia de Industria y Comercio, pues el ente de control, inspección y vigilancia bien podía argüir razones de interés público para proteger un derecho de envergadura constitucional que estaba siendo injustificadamente vulnerado a los usuarios de telecomunicaciones.

Valga resaltar que a quien no le estaba permitido continuar burlando el régimen de protección de derechos de los usuarios de Telecomunicaciones, era a Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, quien hasta entonces se amparaba en los desistimientos de sus usuarios para obtener el archivo de las investigaciones. Sin embargo, se reitera, tal circunstancia no podía ser utilizada para omitir su deber de atender de manera oportuna y adecuada las peticiones de los usuarios, por lo que la infracción a las normas asociadas al régimen de protección de los usuarios y el desconocimiento de sus garantías, el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, sustituida por la Ley 1755 de 2015, habilita a la Superintendencia de Industria y Comercio para continuar con la investigación de manera oficiosa, y una vez constatada la vulneración del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, proceder a imponer sanciones.

Revisadas las resoluciones demandadas, respecto de la motivación realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para continuar con la investigación administrativa, la Sala observa los siguiente:

i) Resolución No. **46745** del 19 de julio de 2016 "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación*", la Superintendencia de

Industria y Comercio (fls. 61 al 68 c.1), en la cual se indicó:

"(...) Luego de revisado el asunto de marras, se observa palmariamente que se omitió en el acto administrativo recurrido valorar el desistimiento presentado por la usuaria el 10 de noviembre de 2015 visible a folio 96 del expediente administrativo, motivo por el cual se realizaran las siguientes precisiones con relación a dicha manifestación de voluntad.

En cuanto al documento allegado por el proveedor de servicios, y firmado por la usuaria el 4 de noviembre de 2015, es pertinente mencionar que, en materia de desistimiento, el artículo 18 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"Artículo 18. Desistimiento expreso de la petición. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales, **pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público** (...)

(...)

En concordancia con lo anterior, es preciso traer a colación lo establecido por el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009, el cual dispone dentro de los fines del Estado en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

"ARTICULO 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 de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

1. Proteger los derechos de los usuarios (...)"

Igualmente, debe tenerse en cuenta que en acápite considerado de la Resolución CRC 3066 de 2011, se establece lo siguiente:

"(...) El contexto legal vigente establece el marco normativo de protección al usuario de comunicaciones, el cual consagra la protección de los derechos de los usuarios como principio orientador y criterio de interpretación de la ley (...) y (...) Que en el marco legal vigente, el usuario y la protección de sus derechos tiene un papel preponderante en el desarrollo del sector, lo cual puede evidenciarse no sólo en la inclusión de los principios antes indicados, sino en la fuerza que se le confiere a éstos desde el objeto de la Ley y a lo largo de la misma (...)"

Bajo esta óptica, y de conformidad con las facultades otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, competente a esta Entidad adelantar las correspondientes actuaciones administrativas con fin de velar por el estricto cumplimiento de las normas integrantes del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones; por lo tanto, cuando se evidencia un incumplimiento a lo establecido en los mismos, debe adoptar las medidas y sanciones correspondientes de acuerdo a la ley.

En ese sentido, resulta necesario señalar que **la investigación adelantada por esta entidad contra la sociedad denunciada no se surtió con motivo de presuntas diferencias entre la quejosa y la investigada, sino bajo la perspectiva de una presunta inobservancia de las normas de la protección al consumidor de los servicios de Comunicaciones**

previsto en la Ley 1341 de 2009, en la Resolución 3066 de 2011 y demás normas concordantes" (Resalta la Sala).

ii) Resolución No. **9400** del 3 de marzo de 2017 "*Por la cual se resuelve un recurso de apelación*" (fls. 70 al 78 c.1), en la cual respecto al desistimiento de la usuaria Diana Elizabeth Jiménez Granados, expresó:

"(...) Resulta pertinente aclarar que el desistimiento de la usuaria no es óbice para que esta autoridad pueda proceder a imponer las correspondientes sanciones administrativas, toda vez que la finalidad de las investigaciones no tiene como único propósito proteger el interés particular de quienes se ven afectados por las acciones de los proveedores, sino también tiene como objetivo principal garantizar la observancia del Régimen Integral de protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, el cual se ve cuestionado en cuanto su vigencia y aplicación, cuando sus disposiciones son desconocidas por los proveedores de servicios, razón por la cual, se hace necesaria la intervención de la autoridad reafirmando la vigencia de la norma.

Luego, entonces así se hayan satisfecho las pretensiones de la usuaria que desató la actuación administrativa con su denuncia, la investigación puede continuar y habrá lugar a imponer las sanciones administrativas, cuando quiera que se verifique la infracción a las normas del régimen de comunicaciones, pues tales comportamientos afectan al conglomerado de manera general.

Dado que este cuestionamiento, constituye un desarrollo preferente a la aplicación del criterio de prevalencia del interés general, se debe precisar, que si bien la Resolución de sanción no se hizo mención al escrito de desistimiento, en la Resolución No. 46745 del 19 de julio de 2013, mediante la cual se decidió el recurso de reposición, se especificaron las consideraciones del caso concreto que dieron lugar a la sanción (...)

De esta forma es claro, que en acto administrativo recurrido fueron expresadas las razones por las cuales el interés general fue trasgredido, ya que no se trato de un hecho aislado, en el que la Superintendencia no haya constatado la realidad de la situación, ya que se explicó (...)" (Subrayado fuera de texto)

De lo expuesto se evidencia que, si bien en el acto que impuso sanción no se esgrimieron las razones por las cuales se siguió con la actuación, pese a existir un desistimiento por parte de la usuaria, informado por parte de Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P, si lo hicieron las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos, en los cuales se expresaron suficientemente los motivos que llevaron a la Superintendencia de Industria y Comercio a no archivar la investigación administrativa, tras considerar que independientemente de la solución que el proveedor de servicios le hubiere dado al usuario con posterioridad a la apertura de la investigación, debía investigarse su comportamiento desde la órbita de la presunta inobservancia de las normas de la protección al consumidor de los

servicios de Comunicaciones.

En la resolución por la cual se desata el recurso de reposición en contra de la resolución sancionatoria se expresa que es claro que el desistimiento permite corroborar la concesión favorable de las pretensiones elevadas por la quejosa, pero este no elimina la violación del derecho fundamental de petición, por tanto, se hace ineludible la intervención del Estado para sancionar a aquellos que en simultánea transgreden el régimen de protección de usuarios.

Conforme a lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público.

Por tanto, aun cuando en el trascurso de la investigación se hubiese presentado desistimiento por parte del ciudadano denunciante, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades legales podía continuar de oficio con la actuación administrativa e imponer sanciones en el evento de encontrar acreditada la violación de las normas de protección al consumidor y a los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, en el presente asunto se encuentra acreditado que la Superintendencia de Industria y Comercio efectuó la explicación de las razones por las cuales continuó con la investigación administrativa pese a la presentación del escrito de desistimiento a la queja presentado por la usuaria Diana Elizabeth Granados Jiménez, en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el apelante, quien señala que la entidad demandada debió pronunciarse respecto del desistimiento en el acto administrativo que se expidiera inmediatamente después, que en este caso sería la resolución por la cual se impuso sanción, la Sala advierte que el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, no establece en qué oportunidad se debe hacer la motivación respecto de las razones por las cuales se continua con la investigación, pese a existir un desistimiento por parte del quejoso,

solo se establece la obligación de la autoridad administrativa de explicar las razones por las cuales sigue adelante con la misma, las cuales fueron expuestas en los actos administrativos que resolvieron los recursos y que llevo a modificar el numeral primero de la resolución No. **9789** del 29 de febrero de 2016, respecto de la sanción administrativa pecuniaria por la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$34.472.750).

En ese orden, concluye la Sala que la entidad demandada no incurrió en infracción a las normas en que debían fundarse los actos acusados y en desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual el cargo propuesto por el apelante no está llamado a prosperar.

2) Desconocimiento de la aplicación del precedente. Artículo 10 del CPACA y de la confianza legítima consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. Violación del principio del debido proceso y legalidad.

El artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de buena fe que se presumirá en todas las actuaciones que ante ellas se adelanten.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, prevé " *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia (...)*".

Frente a este argumento la Superintendencia de Industria y Comercio señaló en la resolución por la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la resolución sancionatoria que dichas investigaciones no cumplen con los requisitos de identidad en sus supuestos fácticos y jurídicos, por cuanto en algunas el supuesto fáctico del pliego de cargos es la desatención a las favorabilidades, y en otras el incumplimiento de lo ordenado en la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, que dispuso en su parte resolutive " (...) (i) *Descontar lo correspondiente al cargo básico cobrado en los periodos en que manifiesta el reclamante que no se prestó el servicio, y*

procederá (sic) la reintegro del dinero, sin perjuicio de que si media solicitud del usuario se puede proceder al abono sistemático en la facturación del servicio (ii) realizar los ajustes respectivos de la facturación del usuario y, en el caso de haberse realizado el pago por parte de éste, el proveedor del servicio deberá proceder al reintegro del dinero y (iii) acreditar su cumplimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su cumplimiento (...)”,

Revisadas las pruebas allegas al expediente visibles en los folios 81 al 114 del cuaderno no. 1, la Sala observa que efectivamente se aportan los siguientes actos administrativos radicados bajo los números Nos.42758 del 2012, 37937 del 2012, 38765 del 2012, 71981 del 2012, 1974 del 2012. 23637 del 2012, 23638 del 2012, 14610 del 2012, 12279 del 2012, 55445 del 2011 y 42940 del 2011, mediante los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio ha procedido al archivo de la investigación con posterioridad a la presentación del desistimiento por parte de los usuarios.

En tales expedientes, allegados por el apelante, se observa que en las resoluciones por las cuales se inicia una investigación administrativa, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP supuestamente incumplió lo establecido en el artículo 64 numeral 12 de la Ley 1341 de 2009.

Precisado lo anterior, se tiene que la investigación administrativa en contra de la aquí demandante se inició por la supuesta vulneración al no presentar en el término establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo ordenado en el numeral sexto de la parte resolutive de la resolución 24992 del 21 de abril del 2014, que dispuso que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, debía acreditar el cumplimiento de la orden impartida, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su cumplimiento.

Lo anterior permite concluir, que los expedientes administrativos allegados por la empresa demandante en los que el usuario desistió y la entidad demandada procedió al archivo del expediente y con los cuales pretende probar que la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 83 de la Constitución Política, no

son iguales pues los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales se inició la investigación administrativa son distintos, pues si bien hace alusión al artículo 64, el numeral bajo el cual recaen las investigaciones allegadas por el demandante es el 12, mientras que en el caso objeto de estudio, se impuso sanción por la comisión de la infracción contenida en el numeral 5 del artículo 64 ibidem, al acreditar de manera extemporánea el cumplimiento de lo ordenado en la resolución 24992 del 21 de abril de 2014.

Así las cosas, no se evidencia que la entidad demandada haya vulnerado los artículos el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de desconocer el precedente y el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

3) Violación al debido proceso, violación del principio de tipicidad, legalidad y de defensa por indebida formulación de los cargos.

La empresa demandante considera que se ha violado el principio de tipicidad y legalidad, por cuanto en la resolución por la cual se abrió la investigación se indicó que presuntamente había transgredido lo establecido en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 el cual dispone "(...) 5. *Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta*", en atención al presunto incumplimiento de la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, expresando que este es un acto de carácter particular y concreto, que conlleva a una irregularidad en la imputación sancionatoria al pretender encuadrar una conducta en supuestos que no se encuentran contemplados en la norma, por no acreditar el cumplimiento de lo ordenado en dicha resolución.

En ese contexto, lo que se procede a verificar por parte de la Sala, es la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, por cuanto ha sido reiterada la posición jurisprudencial que reconoce que en este no se predica la misma rigurosidad que en materia penal, toda vez que la naturaleza de las normas es diferente, así como también el tipo de conductas que son reprochables, los bienes jurídicos

protegidos y la finalidad de la sanción o penalidad, sin embargo, esto no implica que la tipicidad de las conductas infractoras no deban estar preestablecidas y se garantice un procedimiento que salvaguarde el debido proceso y sus garantías intrínsecas. Al respecto se ha señalado que:

*"... el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto"*¹

En ese orden de ideas, se ha examinado que la flexibilidad de los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionadora implican que no sean tan rigurosos e implacables con la descripción típica de las conductas y la sanción, pues incluso se admiten los tipos en blanco en los cuales las conductas que son objeto de sanción o reproche, aunque son abiertas deben estar también predefinidos de forma clara y precisa.

En ese mismo sentido, ha manifestado la Corte Constitucional frente a la flexibilidad de la adecuación típica lo siguiente:

"4.4. La tipicidad en el derecho administrativo sancionador

4.4.1. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción[10]. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa[11].

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

¹ Corte Constitucional Sentencia C - 564 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto"[12]. (...)

Posteriormente, frente al derecho administrativo sancionatorio, esta Corporación en Sentencia C-860 de 2006, reiteró la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción, y considerando incluso la admisibilidad de conceptos indeterminados y tipos en blanco, cuando manifestó: "La jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara[14]; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal[15]; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal[16]." (...)

4.4.3. En suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate[20]. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica[21]."² (Negrilla fuera de texto)

El Consejo de Estado ha considerado los principios de legalidad y tipicidad en esta materia de la siguiente forma:

"a. Principio de legalidad³.-

En materia del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad material (inspirado del derecho penal), está referido a la configuración legal de los presupuestos, requisitos, y condiciones que posibilitan el ejercicio de la potestad disciplinaria y se enuncia, en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la fórmula de que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". En el caso colombiano, el artículo 29 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental al debido proceso, dispone que "nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado".

(...)

*En todo caso, el principio de legalidad en materia sancionadora, implica como garantía material "la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y, como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango de Ley; **sin embargo no está excluida en esta materia toda intervención del***

² Corte Constitucional Sentencia C - 713 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

³ Éstas consideraciones relativas a los principios de legalidad y de tipicidad tienen apoyo en la Constitución, en la Ley y, en los desarrollos jurisprudenciales que se han efectuado sobre el particular. Adicionalmente, en los trabajos del doctrinante Español José Garberí Llobregat, particularmente en el titulado "el Procedimiento Administrativo Sancionador" publicado por la editorial Tirant lo blanch, de Valencia (España) 1998.-

reglamento, pues cabe que la Ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora y que el reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la Ley”⁴.

b. Principio de tipicidad.

Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos, es en donde opera el principio de tipicidad.

Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales.⁵ (...)

Finalmente, se resalta que los dos principios antes enunciados, como expresiones del derecho fundamental al debido proceso, le brindan seguridad jurídica a los ciudadanos en general y a los servidores públicos en particular, pues unos y otros deben saber de antemano qué tipo de conductas son prohibidas, y cuáles son reprochables y por ende acreedoras de sanción. En otras palabras, los administrados tienen derecho a tener claridad sobre los comportamientos que el ordenamiento jurídico considera como faltas y a saber por qué tipo de conductas pueden ser sancionados, de forma tal que de manera sorpresiva, no sean condenados por acciones y omisiones que no les eran reprochables, por no existir una norma que las tipifiquen.”⁶ (Subrayado fuera de texto)

Es decir, que en virtud de estos principios *i)* nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que al realizarse no se constituyan como infracción; *ii)* esa infracción debe provenir de un régimen legal vigente al momento de los hechos, es decir, se salvaguarda la preexistencia de la ley como garantía del debido proceso; y *iii)* si bien se deben observar estos principios, también se admite una tipificación de las conductas con un núcleo básico calificado como ilícito o infraccional y sus límites impuestos y el reglamento puede desarrollarlos, sin que se afecte la similitud y concordancia entre la norma legal y el reglamento.

⁴ Garberí L

lobregat, José “el Procedimiento Administrativo Sancionador” editorial Tirant lo blanch (tratados), Valencia (España) 1998.-

⁵ *Ibidem*.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 16 de febrero de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09), M.P: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

De este modo, para que se considere debidamente tipificada una conducta como infracción la Corte Constitucional ha dispuesto tener en cuenta los siguientes elementos en la sentencia C - 343 de 2006:

"Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras."¹⁸¹

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;

(iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción"

Lo anteriormente expuesto, permite afirmar que las conductas, acciones u omisiones que son objeto de reproche o sanción, para que se constituyan como infracción en materia administrativa sancionadora, no se requiere conservar una rigurosidad tan intensa en su tipificación, dado que en algunas ocasiones los elementos referidos no se encuentran en un solo instrumento o cuerpo normativo, sino que se debe recurrir a otras herramientas o disposiciones reglamentarias para que se estructure en debida forma la conducta que será objeto de investigación, es decir, la que será presentada ⁷en el pliego de cargos que se formule, con el fin de garantizar el derecho de defensa y de contradicción del investigado.

Ahora bien, en cuanto a la adecuación típica y la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, en el presente asunto, se tiene que en la resolución No. **24318** del 15 de mayo de 2015, la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de la SIC, formuló los cargos así: *"(...) Iniciar investigación administrativa mediante la presente formulación de cargos contra el proveedor de servicios de comunicaciones EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP, identificada con el Nit. 899.999.115, por la presunta configuración de la infracción prevista en el*

⁷ Artículo 64 de la ley 1341 de 2009 "(...) 5. Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta"

numeral 5 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, originada en la posible inobservancia a lo ordenado por esta Dirección mediante el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación⁸, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución (...)” (fls. 20 y 21 c.1).

Por su parte, en Resolución No. **9789** del 29 de febrero de 2016, el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de la SIC, formuló los cargos así: “(...) Que, con fundamento en el contenido de la queja y la acreditación de cumplimiento, esta Dirección en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, inició investigación administrativa mediante la formulación de cargos a través de la Resolución No. 24318 del 15 de mayo del 2015, en contra de la Sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP, identificada con el Nit. 899.999.115, con el fin de establecer si se configura la infracción prevista en el numeral 5 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009 y, en consecuencia, determinar si es procedente imponer sanciones establecidas en el artículo 65 de la citada ley e impartir la orden administrativa correspondiente (...)” (fls. 33 al 34 c.1).

De conformidad con lo anterior, advierte la Sala que la conducta sancionada no se realizó con base en una imputación jurídica diferente a la contenida en la resolución de formulación de cargos, pues la investigación se inició con el fin de verificar si se había atendido de manera oportuna lo dispuesto en la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, y que evaluada la conducta objeto de reproche, se tiene que la sanción impuesta obedeció al deber que tiene la demandada de velar por el estricto cumplimiento de las normas integrantes del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, al encontrarse que la Empresa de Telecomunicaciones S.A E.S.P, infringió el numeral 5 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009.

En ese sentido, resulta claro que la investigación adelantada contra la

⁸ Resolución No. 24992 del 21 de abril de 2014, mediante la cual resolvió un recurso de apelación, que dispuso en su parte resolutive “(...) (i) Descontar lo correspondiente al cargo básico cobrado en los periodos en que manifiesta el reclamante que no se prestó el servicio, y procederá (sic) la reintegro del dinero, sin perjuicio de que si media solicitud del usuario se puede proceder al abono sistemático en la facturación del servicio (ii) realizar los ajustes respectivos de la facturación del usuario y, en el caso de haberse realizado el pago por parte de éste, el proveedor del servicio deberá proceder al reintegro del dinero y (iii) acreditar su cumplimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del plazo previsto para su cumplimiento (...). Folio 31 vto. del expediente administrativo.

demandante no se surtió con motivo de presuntas diferencias entre la quejosa y la investigada, sino que se desarrolló bajo la órbita de una presunta infracción de las normas de la protección al consumidor previsto en la Ley 1341 de 2009 y en la Resolución 3066 de 2011.

De conformidad con lo anterior, concluye la Sala que los actos administrativos cuya nulidad se pretende no fueron proferidos con vulneración del debido proceso y de los principios de tipicidad y de legalidad por indebida formulación de los cargos, porque la imputación, es la misma, que la contemplada en la resolución que impuso sanción.

Así mismo, no se advierte una vulneración al debido proceso del aquí demandante durante el procedimiento administrativo, pues se le otorgaron las oportunidades para ejercer su derecho de defensa como fue la presentación de descargos y la presentación de los recursos de reposición y de apelación.

Así las cosas, el cargo planteado por el apelante no está llamado a prosperar.

4) Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción, violación del principio de legalidad.

El apelante señala que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró, ni explicó cada uno de los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Al respecto, el artículo 66 la Ley 1341 de 2009 establece como criterios para la dosificación de la sanción los siguientes:

"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."

En la Resolución No. **9789** del 29 de febrero del 2016, "Por la cual se impone una sanción", respecto de la dosimetría de la sanción se consignó lo siguiente:

"(...) DÉCIMO: DOSIMETRÍA SANCIONATORIA

En primer lugar, debe considerarse que la Corte Constitucional en materia de imposición de sanciones por parte de la Administración, ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente.

"(...) Para la Corte es claro que la potestad de evaluación de la gravedad de la falta debe dejarse a juicio de la Administración, pues solo ella tiene el conocimiento inmediato de la dimensión y repercusiones de la conducta reprochable.

Por ello no resulta violatorio del principio de reserva de la ley en materia sancionatoria que la Administración evalúe la gravedad de la conducta e imponga las sanciones dentro del marco establecido por el legislador, pues con que la ley haya determinado las faltas de las sanciones se entiende satisfecho el principio de legalidad (...)

Por lo tanto, la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente atribuida es de carácter discrecional pero no absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, como el de la gravedad de la falta, que en materia de servicios de comunicaciones se encuentra contenido en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En ese sentido, la norma que autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones es el Artículo 65 de la ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos según la naturaleza de la infracción y que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre 1 a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

10.1 gravedad de la falta (...)

10.2 Reincidencia (...)

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que la investigada ha sido reincidente en su conducta, la cual ha sido objeto de sanción en fallos emitidos por este Ente, tal como se evidencia en las investigaciones administrativas adelantadas bajo los números de radicado 13-187945, esta Dirección considera imperioso imponer una sanción ejemplar, que no solo permita dimensionar la gravedad de la conducta por si misma, sino que genere un reproche por la reiterada tendencia a vulnerar el Régimen de protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

Para el presente asunto, implicará un aumento de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, al monto de la multa a imponer (...)"

De igual modo, en la Resolución No. **46745** del 19 de julio de 2016, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición y se concede el de apelación, explicitó lo siguiente:

"(...) la potestad sancionatoria y el principio de legalidad son conceptos jurídicos íntimamente relacionados, de suerte que dicha potestad sólo tiene justificación en la medida que se encuadre dentro del citado principio. De no ser así, el estado estaría imposibilitado por lo menos de manera legítima para ejercer su poder de coerción, pues conforme a la Carta Política, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Es pertinente recordar que la finalidad de la norma sancionatoria no se agota con la descripción de la conducta por parte del legislador, sino cuando la sanción tiene la virtualidad de conminar al particular a cumplir deberes que la norma impone.

En este orden de ideas, en lo que concierne a la graduación de la sanción que esta superintendencia realiza lo hace en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, y que obedece principalmente a una facultad discrecional establecida en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo la cual no es absoluta, y no depende de la aplicación de criterios subjetivos de acuerdo con el funcionario de turno.

En efecto el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente en el artículo 66 de la ley 1341 de 2009 que dispone (...)

De igual forma, se reitera que de una lectura diligente del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, no puede desprenderse la obligatoriedad para el fallador de fundamentar la sanción en cada uno de los criterios ahí mencionados pues se generaría una talanquera injustificada para la administración, al implicar que se debe encontrar en todos los supuestos que se expongan bajo su escrutinio el catálogo de criterios que la norma establece, tornándose nugatorio a la postre el poder coercitivo que descansa en manos de la administración, en el evento en que uno de los criterios no se haga verificable.

Por ello, es preciso indicar que los criterios del artículo 66 *ibidem* se han valorado en todas las sanciones que emanan de este ente de control **específicamente en la multa que hoy se acomete, la cual se fundamenta principalmente en el criterio que establece el numeral 1º del artículo *ibidem*, referido a "la gravedad de la falta"** bajo el entendido que la vulneración a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, es tan grave que conllevó al desconocimiento de la autoridad de la cual está investigada esta Superintendencia como órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor, de acuerdo a las facultades conferidas por el Decreto 4886 de 2011.

De allí que , los criterios oscilaran en mayor o menos medida dentro de los fundamentos sancionatorios, atendiendo las particularidades propias de los casos sujetos a investigación, **que para el caso concreto, y fruto del análisis de los hechos, el derecho y de las pruebas aportadas corresponde a la "gravedad de la falta" y la "Reincidencia de la comisión de los hechos"** , derroteros principales para fundamentar la coerción impartida por el poder público representado en cabeza de éste órgano de control, sin olvidar el principio de proporcionalidad presente en el largo análisis desplegado por este Despacho (...)" (fls. 61 al 68 c.1)
(Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, en el caso concreto se estudiaron los criterios de gravedad de la falta y reincidencia en la comisión de los

hechos, los cuales se encuentran previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, para definir la sanción aplicable, la cual se impone como un reproche por la reiterada tendencia a vulnerar el Régimen de protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

En ese orden, observa la Sala que la Superintendencia de Industria y Comercio al proferir la decisión sancionatoria, aplicó el criterio de proporcionalidad entre la falta y la sanción al adecuarse los hechos materia de investigación con el marco normativo objeto de trasgresión, es decir, son claras las razones tanto de hecho como de derecho que sirvieron para tasar la sanción impuesta dentro de los límites previstos en la ley.

De esta forma, el legislador debe establecer criterios de dosimetría que le sirvan a la administración en su labor de juzgador, 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 de 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, sólidamente -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...⁹

(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, de manera que deja a criterio de la Administración su definición para cada caso y establecer que criterios encuadran en la conducta cometida por la entidad investigada, lo cual no quiere decir que todos los criterios establecidos en el artículo 66, tengan que encontrarse presente en la comisión de la infracción, basta con que la administración identifique uno a varios de ellos para imponer la sanción.

Claramente, en ese análisis y al proceder a realizar la ponderación correspondiente, queda descartada por completo cualquier posibilidad de arbitrariedad o sobredimensionamiento de la infracción, debiendo corresponder la sanción con la calificación que se realice de la conducta infractora, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte

⁹ 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.



Constitucional en sentencia C – 721 de 2015, así:

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

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

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

En el caso objeto de estudio, 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, aunado a la importancia de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones que en este caso se encontraron vulnerados por el incumplimiento por parte de la Empresa de Telecomunicaciones S.A ESP del numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que no dio cumplimiento de manera oportuna a lo dispuesto a través de la resolución 24992 del 21 de abril de 2014, que ordeno: "(...) (i) Descontar lo correspondiente al cargo básico cobrado en los periodos en que manifiesta el reclamante que no se prestó el servicio, y procederá (sic) la reintegro del dinero, sin perjuicio de que si media solicitud del usuario se puede proceder al abono sistemático en la facturación del servicio (ii) realizar los ajustes respectivos de la facturación del usuario y, en el caso de haberse realizado el pago por parte de éste, el proveedor del servicio deberá proceder al reintegro del dinero y (iii) acreditar su cumplimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expiración del

plazo previsto para su cumplimiento (...)”, razón por la cual la imposición de la sanción es proporcional al hecho que la motivó.

Es del caso poner de presente que la resolución No. 46745 del 19 de julio de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición modificó el artículo 1º de la resolución No. 9789 del 29 de febrero de 2016 en el sentido de reducir la sanción a la suma de \$34.472.750.00 equivalentes a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo anterior atendiendo a que al efectuarse una nueva valoración al material probatorio allegado a la investigación se encontró escrito de desistimiento de 10 de noviembre de 2015, el cual no fue valorado en el acto administrativo que impuso sanción, al acreditar de manera extemporánea ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el cumplimiento de una orden impartida a través de la resolución 24992 del 21 de abril de 2014.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, la Sala considera que la multa impuesta no desconoció los criterios fijados en el artículo 66 de la Ley 1341, así como tampoco el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, ni carece de fundamentación en el análisis de los criterios para dosificar la sanción impuesta, por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a la conducta infractora investigada, pues se comprobó que el proveedor de servicios vulneró lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 64 de la citada ley.

De esta forma, la Sala concluye que las Resoluciones Nos. **9789** del 29 de febrero de 2016, mediante la cual se impuso una sanción administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio; la **46745** del 19 de julio de 2016, que resuelve recurso de reposición y concede apelación modificando el numeral primero de la resolución que le antecede y la **9400** del 3 de marzo de 2017, por la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirman las decisiones impugnadas, no fueron expedidas con inobservancia de los principios de tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción, el principio de legalidad y dosimetría se la sanción, por lo que el cargo alegado por el apelante no tiene vocación de prosperidad.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia del 29 de junio de 2018, proferida por el Juez Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá.

5. Condena en costas.

El artículo 188 de la **Ley 1437 de 2011**, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", prescribe:

"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."

De conformidad con la norma transcrita, tenemos que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, debe el juez imponer condenas en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así, es del caso precisar que, el Código General del Proceso¹⁰, regula la condena en costas y su liquidación, en los siguientes términos:

"CAPÍTULO III.

CONDENA, LIQUIDACIÓN Y COBRO.

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.**

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

(...)

¹⁰ Norma aplicable al presente asunto de conformidad con las remisiones expresas establecidas en los artículos 188 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

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

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

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

(...).” (Se destaca).

Conforme a las normas transcritas, tenemos que **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso**, entre otros, **de apelación**, queja o suplica, condena que se debe imponer en la sentencia o auto que resuelva la actuación que da lugar a ella, y que dentro de su liquidación debe incluirse agencias en derecho conforme a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, cabe advertir que, una cosa es la condena en costas en sí misma, y otra la liquidación de las mismas; así, por disposición legal, **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso**, en tanto que, la liquidación de las mismas queda supeditada a la comprobación de su causación, correspondiéndole la liquidación al secretario del despacho y al juez su aprobación.

Así las cosas, como quiera que no son atendibles los fundamentos del recurso de apelación presentado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, y por ende se impone confirmar la Sentencia del 22 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, la Sala condenará en costas en esta instancia procesal a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, lo cual se hará de

manera concentrada por aquel, conforme lo señalado en el artículo 366¹¹ del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Confirmase la sentencia del 22 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Condénese en costas en la instancia a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P., las que serán **liquidadas** por el *a quo*, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

¹¹ **ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)." (Destaca la Sala).