

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	No. 11001-33-41-045-2018-00065-01
Demandante:	AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA (AVIANCA SA)
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - APELACIÓN SENTENCIA
Asunto:	SANCIÓN POR CONFIGURACIÓN DE SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO RESPECTO DE PETICIÓN DE USUARIO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 179 a 184 cdno. ppal. no. 1) en contra de la sentencia proferida en audiencia inicial de 11 de abril de 2019 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá DC (fls. 155 a 173 *ibidem*) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“RESUELVE

PRIMERO.- NIÉGUENSE (sic) las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos esbozados en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDÉNASE en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada. **LIQUÍDENSE** por Secretaría. **FÍJASE** el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, en la suma equivalente al 5% de las pretensiones indicadas en la demanda, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha

entrega y **ARCHÍVESE** el expediente." (fl. 172 cdno. ppal. no. 1 – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el 1º de marzo de 2018 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá la empresa Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) actuando por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 97 a 111 cdno. ppal. no. 1) con las siguientes súplicas:

"PRETENSIONES:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución 65319 del 30 de septiembre de 2016 proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones mediante la cual impuso a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, una sanción pecuniaria por la suma de VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO DIEZ PESOS (\$28.957.110) equivalentes a 42 SMMLV.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución 43750 del 24 de julio de 2017 proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones mediante la cual confirma la resolución 65319 del 30 de septiembre de 2016.

TERCERA: Que se declare la nulidad de la resolución 60371 del 25 de septiembre de 2017 proferida por la Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor, mediante la cual confirmó en todas sus partes la resolución 65319 del 30 de septiembre de 2017 (sic).

CUARTA: Qué como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados, y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizada, la suma de \$28.957.110, pagada por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, en virtud de lo ordenado en el artículo primero de la resolución 65319 del 30 de septiembre de 2016 proferido por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo reseñado en antecedencia y las demás declaraciones, se condene a la Superintendencia de Industria y

Comercio a pagar a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA el valor de los perjuicios sufridos por ésta, equivalentes a los gastos y valores pagados para iniciar y llevar hasta su terminación la acción contencioso administrativa que mediante este libelo se incoa, los pagos por la atención del proceso de ejecución que se origine a raíz de la ejecutoria de las providencias expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio; cauciones; la afectación del balance; los valores que en el curso del proceso pague o haya pagado la compañía por la ejecución de los actos demandados; los gastos de transporte, peritos, etc., y las demás que por peritazgo se logren demostrar.

SEXTA: *Qué como consecuencia de la condena anterior, se disponga que la Superintendencia de Industria y Comercio debe pagar a favor de AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, el valor de los perjuicios ACTUALIZADOS conforme lo dispone el CPCA, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor que certifique el DANE desde el 30 de septiembre de 2016, índice inicial y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (índice final).*

SÉPTIMA: *Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar ACTUALIZADOS a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, los intereses legales del valor histórico de la condena pagada, desde el 30 de septiembre de 2016, o desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo demandado, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y hasta que el pago se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificados por la Superintendencia Financiera.*

OCTAVA: *Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 189 y 195 del C.P.A.C.A." (fls. 97 y 98 cdno. ppal. no. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).*

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales correspondió el conocimiento del medio de control de la referencia al Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá DC (fl. 112 cdno. ppal. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda lo siguiente:

1) A través de la Resolución no. 29964 de 30 de abril de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio dio inicio a una investigación administrativa en su contra por la presunta vulneración del artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 y los artículos 28 y 29 de la Resolución CRC 3038 de 2011 por

no atender las peticiones elevadas por el usuario Roymar Javier Durán Barón y haber operado respecto de estas el silencio administrativo positivo.

2) Por medio de la Resolución no. 65319 de 30 de septiembre de 2016 la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción de multa por el valor de \$28.957.110 por no otorgar una respuesta a las peticiones presentadas por un usuario, decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación.

3) Mediante las Resoluciones nos. 43750 de 24 de julio de 2017 y 60371 de 25 de septiembre de 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió los recursos de reposición y en subsidio apelación, respectivamente, ambos en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

3. Los cargos de la demanda

Estimó como normas violadas los artículos 6, 29 y 209 de la Constitución Política, los artículos 138 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, el artículo 32 de la Ley 1369 de 2009, los artículos 21 y 28 del régimen de protección a los usuarios de servicios postales (Ley 1369 de 2009) y, la Resolución CRC 3038 de 2011.

La solicitud de nulidad de los actos administrativos demandados se fundó en los siguientes tres (3) cargos:

3.1 Falta de legitimación en la causa por pasiva

1) La Superintendencia de Industria y Comercio argumentó que esta empresa no respondió las peticiones elevadas por el señor Roymar Javier Durán Barón desconociendo de manera arbitraria la independencia jurídica de Avianca SA en relación con la verdadera persona jurídica prestataria del servicio frente al cual se adujo el incumplimiento.

Avianca SA no es la persona jurídica con quien el señor Roymar Javier Durán Barón contrató los servicios supuestamente postales por lo que nunca existió una relación de consumo derivada de un contrato puesto que esta se contrajo

directamente con el operador del transporte de paquetes, documentos y carga Latin Logistics LLC a través del suministro del producto denominado "FlyBox".

2) Latin Logistics LLC, prestador del servicio, es una compañía de responsabilidad limitada organizada bajo las leyes del Estado de la Florida en los Estados Unidos de América, es operador de transporte paquetes, documentos y carga estadounidense.

Dicha empresa contrata a Avianca SA para que a través de su unidad de negocio denominada DEPRISA le preste el servicio de distribución de los envíos "FlyBox" en el territorio colombiano sin que esta situación represente el uso de una licencia de mensajería expresa por parte de la empresa Avianca SA.

En ese sentido debe resaltarse que entre Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) y Latin Logistics LLC existe un contrato de licencia de uso de marca para la marca Avianca Express por lo tanto debe acudir al régimen de contratos, explotación de marcas, territorialidad de la ley, naturaleza de las personas jurídicas y responsabilidades de las mismas para concluir que no es viable que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga sanciones a personas jurídicas que si bien hacen parte de la situación fáctica que se analiza en la demanda no son las destinatarias legales del poder sancionatorio.

3) La conclusión de la Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de la sanción no respeta la independencia y autonomía jurídica de Avianca SA ni entiende la función que cumple en cuanto a los servicios que presta a los usuarios de Latin Logistics LLC, circunstancia por la cual los actos acusados adolecen de falta de motivación.

Lo anterior se puede corroborar con la lectura de los términos y condiciones y de la información de los servicios de la plataforma "FlyBox" en su página electrónica oficial, asimismo la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por los mismos motivos antes mencionados ya fue objeto de estudio por la Superintendencia de Industria y Comercio en el expediente con número de radicación 2014-237755 en el que se declaró fundada esa excepción por el

hecho de que Latin Logistics LLC fue la empresa con quien la persona había contratado un servicio a través de "FlyBox".

3.2 Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

Este cargo de nulidad se subdivide en dos argumentos:

3.2.1 Falta de competencia para investigar y sancionar respecto de un producto que no corresponde a "servicios postales"

1) Para ser operador postal según los términos del artículo 4 de la Ley 1369 de 2009 y ser sujeto de la premisa legal prevista en el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 y la Resolución CRC 3038 de 2011 se requiere autorización expresa del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como también estar inscrito en el registro correspondiente para prestar esos servicios.

Avianca SA posee tres tipos de licencia que amparan la prestación del servicio de transporte de cosas: (i) para transporte aéreo otorgada por la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, (ii) para transporte terrestre de carga otorgada por el Ministerio de Transporte y, (iii) licencia de mensajería expresa otorgada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para los objetos postales susceptibles de ser transportados como mensajería expresa de conformidad con lo definido por la Ley 1369 de 2009.

En ese contexto el servicio que se suministró al señor Roymar Javier Durán Barón no puede calificarse como servicio postal de mensajería expresa ya que el peso del envío por 16,74 kilogramos no tiene en cuenta el peso determinante del servicio *expres* que es hasta 5 kilogramos.

2) La reclamación presentada por el señor Roymar Javier Durán Barón al servicio Avianca Express se centró exclusivamente en alegar incumplimiento de las obligaciones por parte de "FlyBox", de manera que resulta absurda la conclusión a la que llegó la Superintendencia de Industria y Comercio de que Avianca SA violó lo dispuesto en la Ley 1369 de 2009, especialmente las normas alusivas a los operadores postales, pues, en ningún momento actuó como

operador de mensajería expresa ni tampoco cumplió con los requisitos señalados en el literal a) del numeral 2.3 de esa misma norma.

La acción adelantada por Avianca SA sin ostentar la calidad de representante oficial de la empresa prestadora del servicio se limita de manera exclusiva a realizar la distribución en Colombia de los envíos que realiza Latin Logistics LLC quien explota la marca Avianca Express, por lo que resulta imposible concluir que existe una relación de consumo derivada de un servicio postal, así como tampoco una violación del régimen de servicios postales y de los derechos de los consumidores.

3) La Superintendencia de Industria y Comercio no tenía competencia para investigar y sancionar a Avianca SA por la transgresión del artículo 32 de la Ley 1369 de 2009, los artículos 21 y 28 de la Resolución CRC 3038 de 2011 y el artículo 2 de la Resolución CRC 3095 de 2011 debido a que es evidente que al no recibir Avianca SA de parte del señor Roymar Javier Durán Barón mercancía alguna para su transporte no asumió la condición de prestatario de un servicio de mercancía *express*, de modo que no puede endilgársele el cumplimiento de deberes de un operador postal y menos aún de las obligaciones de las disposiciones invocadas.

4) En el presente asunto por tratarse de un paquete con peso de 16,74 kg no le era dable a la entidad demandada asumir una investigación que le correspondía en forma lógica y natural a la Aeronáutica Civil por ser un contrato de transporte de carga aérea de acuerdo con los términos del Decreto 260 de 2004.

3.2.2 Falta de competencia territorial para investigar y sancionar actuaciones relacionadas con productos y/o servicios ofrecidos por empresa foráneas sometidas a ordenamientos jurídicos foráneos

1) La persona jurídica Latin Logistics LLC, prestadora del servicio objeto de la reclamación formulada por el señor Roymar Javier Durán Barón, es una compañía de responsabilidad limitada organizada por las leyes del Estado de Florida en los Estados Unidos de América quien ofrece el servicio o producto denominado "FlyBox" con domicilio principal en ese Estado.

2) La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en causal de nulidad de los actos por el hecho de abrogarse la competencia para analizar y sancionar la conducta en la que incurrió una empresa extranjera sujeta a la legislación de los Estados Unidos, Estado de Florida, en donde se perfeccionó y ejecutó el contrato de transporte que dio lugar a la investigación, inclusive la misma SIC en concepto número 12-150854-0001-0000 de 17 de octubre de 2012 sobre la base hacer una interpretación del artículo 18 del Código Civil relativo a la obligatoriedad de la ley para nacionales y extranjeros residentes en Colombia manifestó que si los productores, distribuidores o expendedores de bienes y servicios se encuentran en territorio de otro Estado no estarán sometidos a las normas de la Ley 1480 de 2011 o del Decreto 3466 de 1982, salvo estipulación en el contrato o que la empresa extranjera cuente con sucursal o representación legal en Colombia.

En el presente asunto Latin Logistics LLC no cuenta con oficina de representación legal en Colombia, por consiguiente no está vinculada legalmente al cumplimiento de normas nacionales según el concepto de extraterritorialidad de la ley.

3.3 Proporcionalidad y legalidad al momento de dosificar la sanción en la Resolución no. 65319 de 2016

1) En el acto acusado se motivó aparentemente la imposición de la sanción en los criterios previstos en el párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 referentes a "1. El daño causado a los consumidores; 2. La persistencia en la conducta infractora; 3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor. 4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores. 5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes. 6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción. 7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos. 8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes." (fl. 108 cdno. ppal. no. 1).

2) Este cargo de nulidad se formula en forma subsidiaria aceptando en gracia de discusión la procedencia de la sanción ya que, si la SIC hubiese analizado con detenimiento y precisión los criterios contenidos en la citada norma habría determinado una cuantía sustancialmente menor frente a la sanción impuesta.

3) Analizar cada uno de los citados criterios confirma lo reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2010 y el Consejo de Estado en sentencia de 13 de noviembre de 2008, MP Enrique Gil Botero en relación con la potestad sancionadora y el principio de legalidad.

4) En razón del principio de legalidad no le era dable a la SIC tasar una sanción escogiendo un único criterio y desechar los restantes porque es labor esencial del funcionario público realizar un estudio acucioso para que la sanción sea razonable y ajustada a la ley.

4. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 4 de diciembre de 2018 ante la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (fls. 131 a 144 cdno. ppal. no. 1) la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda, actuación en la que frente a los cargos de nulidad esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

1) La sanción se impuso con fundamento en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 en atención a la naturaleza de la infracción y el derecho fundamental involucrado.

2) El término con el que cuenta el operador postal para dar respuesta a las peticiones, quejas y recursos relacionados con la prestación del servicio así como a las solicitudes de indemnización es de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente a su presentación, por lo tanto transcurrido dicho término sin haberse resuelto ni notificado la decisión sobre la petición operará de pleno derecho los efectos del silencio administrativo positivo y se entenderá que la petición, queja, recurso o solicitud de indemnización ha sido resuelta en forma favorable al usuario.

3) En cuanto a la falta de respuesta oportuna y adecuada a las peticiones con números de radicación 676116 y 726499 el operador postal Aerovías del Continente Americano SA no se pronunció sobre los hechos objeto de investigación pues, no hubo una acción del operador tendiente a desvirtuar la imputación efectuada respecto de las solicitudes, de manera que se puede concluir según lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011, modificatoria del artículo 32 de la Ley 1369 de 2009, que operó el silencio administrativo positivo.

Con la expedición de los actos administrativos demandados no se incurrió en ninguna de las violaciones de las normas constitucionales o legales alegadas por la parte demandante en tanto que fueron expedidos por la autoridad competente, observando las formalidades y trámites establecidos por la ley, y con el único fin de proteger y restablecer los derechos de los consumidores o usuarios de los servicios.

3) De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente administrativo no. 14-35290 quedó claro que el servicio contratado denominado "FlyBox" es un casillero virtual de propiedad de la sociedad Latin Logistics LLC que se promociona por el eslogan "FlyBox by DEPRISA" en cuya página electrónica oficial se encuentra el signo marcario "DEPRISA" que identifica a "la unidad de negocios de Avianca, comprometida con la solución eficiente de necesidades logísticas de documentos, paquetes y mercancías a nivel nacional e internacional" y que al seleccionarlo automáticamente redirecciona a la página electrónica www.deprisa.com en la que se encuentra como uno de los servicios internacionales "FlyBox by DEPRISA". (fl. 137 cdno. ppal. no. 1).

"FlyBox" es uno de los servicios que responde a la unidad de negocios de Avianca relacionada con la logística que permite recibir en cualquier destino del territorio nacional las compras hechas a través de internet mediante una dirección física real, por lo cual es evidente que dicho casillero virtual es un servicio que hace parte de la logística integral que tiene Avianca para cubrir la oferta del servicio de envíos internacionales con destino a Colombia, este servicio aunque no es presentado por el operador como un servicio postal debe encasillar en esa categoría de conformidad con lo establecido en el Convenio

Postal Universal adoptado en Ginebra (Suiza) el 12 de agosto de 2008 del cual hace parte Colombia y que entró en vigencia el 1º de enero de 2010, en cuyo numeral 1.3 del artículo 14 dispone como una modalidad de servicio postal el servicio de logística integrada, el cual es definido como *“un servicio que responde plenamente a las necesidades de la clientela en materia de logística e incluye las etapas anteriores y posteriores a la transmisión física de las mercaderías de los documentos”*.

4) Si bien el servicio de “FlyBox” es prestado por la sociedad Latin Logistics LLC debe tenerse en cuenta que según el certificado de existencia y representación legal de Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) esta tiene la calidad de controlante de Latin Logistics LLC, en ese sentido Avianca es la llamada a responder por las controversias que se presenten del servicio que ella misma presta.

La existencia de la situación de control o subordinación está determinada por el hecho de que una sociedad tenga el poder de decisión sobre otra que está sometida a su voluntad, de ahí que quien establezca el poder de decisión frente a otro será considerado como el controlante o matriz, dicha situación se presenta en este preciso asunto pues, Avianca actuó como controlante de Latin Logistics LLC para el caso investigado motivo por el cual es la legitimada para responder por los aspectos asociados a la calidad del servicio contratado entre ellos por la configuración del silencio administrativo positivo frente a las peticiones nos. 676116 y 726499.

5) De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2.2.3 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 se consideran como servicios postales aquellos que la Unión Postal Universal clasifique como tales, es por ello que como a partir de esa base se está en presencia de un servicio regulado en la Ley 1369 de 2009 se colige que la demandante constituye un extremo en la relación de consumo y sin lugar a duda le es aplicable dicha ley.

6) Aunque la demandante niega la existencia de la relación de consumo y se ampara en la supuesta configuración de una negación indefinida exenta de demostración lo cierto es que no se está ante dicha situación sino, ante una

realidad clara y determinada toda vez que en el presente caso se prestó un servicio postal en los términos de la Ley 1369 de 2009 correspondiéndole por tanto al operador demostrar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 modificadorio del artículo 32 de la Ley 1360 de 2009, controvirtiendo los hechos objeto de la denuncia y aportando las pruebas que desvirtúen los cargos formulados en la medida en que se encuentra en la mejor posición de la relación de consumo para hacerlo, y en el proceso no existe prueba que demuestre que no incurrió en la vulneración normativa endilgada.

7) Teniendo claridad en que el asunto que se investigó corresponde a un servicio postal susceptible de ser vigilado por esta entidad el argumento expuesto por Avianca SA en cuanto a la falta de competencia es impertinente ya que, la formulación de cargos fue dirigida en su contra por ser quien prestó el servicio al usuario y por lo tanto quien ostentó la legitimación para ser sujeto dentro de la respectiva actuación administrativa.

8) La Ley 1369 de 2009 determinó las competencias de las entidades estatales encargadas de la regulación, control y vigilancia del mismo, entre las cuales figura la Superintendencia de Industria y Comercio, en efecto el artículo 21 dispone que esta entidad en desarrollo de sus funciones de vigilancia y control es la competente para velar por el cumplimiento de las normas de protección al consumidor en materia de servicios postales.

9) El asunto investigado correspondió a un servicio postal susceptible de ser vigilado por esta entidad debido a que tal como se expuso en el acto sancionatorio "(...) lo que en realidad ocurre es que al momento de prestar el servicio, los operadores postales ejercen actividades que reúnen características análogas al servicio de encomienda por ejemplo, sin que ello implique que el mismo pueda decirse corresponde al de encomienda, y en ese sentido estarían sujetos a la vigilancia y control de esta superintendencia y le serían aplicables las normas que regulan el servicio postal; siempre y cuando, el peso del objeto postal materia de discusión, no sea superior a 30 kilos (...)" (fls. 140 y 141 cdno. ppal. no. 1), en consecuencia correspondía a Avianca SA probar el acatamiento de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 que modificó el artículo 32 de la Ley 1369 de 2009.

10) De otro lado, la sanción a imponer debe cumplir con una serie de requisitos para que sea acorde con las normas que la regulan, el primero de ellos es la legalidad de la sanción, es decir, que esté creada en la ley, el segundo requisito es que se dosifique dentro de los parámetros cuantitativos establecidos por el legislador y, por último, que al momento de la graduación se vele por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y motivación.

11) Las explicaciones dadas por el operador postal que buscaban demostrar que no se explicaron todos los criterios de que trata el parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 son improcedentes, pues, la entidad no se detuvo a explicar cada uno de ellos debido a que la sanción se limitó a analizar "el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes" por el hecho de encontrar acreditado que el operador postal emitió una respuesta oportuna pero insuficiente a lo pretendido por el usuario, por cuanto solo le indicó una prórroga para responder sin cumplir con los requisitos previstos en la norma procedimental, lo que contraría el artículo 23 de la Constitución Política, en esa medida en la actuación administrativa se respetó el derecho del debido proceso.

5. Alegatos de conclusión

Durante el trámite de la audiencia inicial llevada a cabo el 11 de abril de 2019 (fls. 155 a 173 cdno. ppal. no. 1) en cumplimiento de lo establecido en el artículo 181 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 *ibidem* tanto la parte actora como la demandada presentaron los respectivos alegatos de conclusión (grabación desde el minuto 9:38 a 19:45 y, 19:50 a 32:10, respectivamente, cd visible en el folio 174 cdno. ppal. no. 1) básicamente con reiteración de lo expuesto en la demanda y en la contestación de esta, en cada caso.

6. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá DC en providencia emitida en audiencia inicial de 11 de abril de 2019 (fls. 155 a 173 cdno. ppal. no. 1) falló el proceso en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión de la juez de primera instancia frente a los cargos de la demanda fueron los siguientes:

1) Del certificado de existencia y representación legal de la sociedad Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) se desprende que su objeto social incluye entre sus actividades comerciales las de prestar el servicio postal en todas sus modalidades, asimismo que ostenta la calidad de controlante o matriz frente a la sociedad Latin Logistics LLC.

2) Lo anterior significa que la responsabilidad por el manejo comercial de la sociedad controlada es de resorte de la controlante según lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio, y en esa perspectiva las actividades relacionadas con la operación en Colombia de los envíos postales dentro de esa relación comercial recaen en la sociedad Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA), por lo tanto no prospera el cargo invocado de falta de legitimación en la causa por pasiva, además, la demandante no demostró en el proceso administrativo sancionatorio la inexistencia de la situación de control que ejerce sobre la sociedad Latin Logistics LLC.

3) En relación con la falsa motivación de los actos no se hace ningún análisis por cuanto los argumentos están igualmente dirigidos a controvertir la falta de legitimación en la causa por pasiva en el procedimiento administrativo sancionatorio.

4) Sobre la base de que a la sociedad Avianca SA sí le asistía el deber de comparecer como sujeto pasivo dentro del proceso administrativo sancionatorio no procede la falta de competencia por el factor territorial, por el hecho de que según el certificado de existencia y representación legal de la demandante es

una sociedad constituida en Colombia con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla y por lo tanto para el desarrollo de su objeto social le son aplicables las normas del derecho colombiano interno de conformidad con lo indicado en el artículo 1 de la Ley 1369 de 2009.

5) En relación con el punto de si el servicio de mensajería prestado puede clasificarse como un servicio postal cuya vigilancia recae en la Superintendencia de Industria y Comercio se tiene que el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 determina lo que debe entenderse como servicios postales a la luz de la normatividad colombiana, clasificación que es complementada por el numeral 2.2.3 del artículo 3 *ibidem* que señala que también hacen parte de los servicios postales los demás que determine la Unión Postal Universal, los cuales se observan en el numeral 2.4 del artículo 12 del Convenio Postal Universal firmado en Ginebra (Suiza) el 12 de agosto de 2008.

Por lo anterior a la sociedad Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) le correspondía la carga procesal de probar que el envío contratado por el señor Roymar Javier Duran Barón no encajaba en esa clasificación, por ende es claro que el peso del envío sí puede clasificarse como un servicio postal y por lo tanto la competencia para adelantar investigaciones y proferir las sanciones correspondientes radica en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1369 de 2009, en particular la queja presentada por el señor Roymar Javier Duran Barón por el hecho de la no atención de sus derechos de petición.

6) Frente a la valoración que debe efectuar la autoridad administrativa acerca de los criterios contenidos en el párrafo 1 del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 se entiende que esa previsión normativa no establece que se deba hacer un pronunciamiento expreso sobre cada uno de ellos al momento de emitir la sanción sino que, lo que se busca es que dentro de la motivación, siendo los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa la decisión, pueda identificarse que la autoridad administrativa los tuvo en cuenta para determinar la naturaleza y la sanción que se impone.

7) La Superintendencia de Industria y Comercio al momento de determinar los criterios para la graduación de la sanción tuvo en consideración la naturaleza de la infracción y la gravedad de la falta por ser lesiva de los derechos de los usuarios del servicio postal de presentar peticiones, quejas y recursos y que estos sean resueltos en los términos dispuestos por las normas que regulan la materia, de modo que la sanción es razonable en la medida en que afectó uno de los principales derechos de los consumidores, además, el monto máximo de la sanción de multa era de hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se impuso el cuarto mínimo de esa tasación, es decir, el 2,1% del máximo permitido, circunstancia por la cual el *quantum* de la multa se ajustó a la conducta y a las circunstancias demostradas en la respectiva actuación administrativa.

7. El recurso de apelación

El 2 de mayo de 2019 la parte demandante presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 179 a 184 cdno. ppal. no. 1), medio de impugnación este que fue concedido mediante auto de 13 de junio de 2019 (fl. 186 *ibidem*).

Los argumentos del recurso de alzada en síntesis son los siguientes:

1) La parte actora reiteró nuevamente los argumentos expuestos en la demanda en relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva en el marco de la actuación administrativa.

2) La persona jurídica encargada del servicio ofrecido a través de "FlyBox" es Latin Logistics LLC y su vínculo contractual con la empresa es de licencia de uso para la marca Avianca Express, por tanto no se trata de una misma compañía sino que Latin Logistics es una empresa de Estados Unidos de América independiente y autónoma, además los términos y condiciones del uso del mencionado casillero virtual se observan en su página electrónica oficial así como toda la información alusiva a sus servicios y prestador.

3) Contrario a lo manifestado en la sentencia de primera instancia está demostrado que Avianca SA no es la persona jurídica con quien el usuario Roymar Javier Durán Barón contrató los servicios que a juicio de la Superintendencia de Industria y Comercio se tratan como postales, nunca existió una relación de consumo derivada de una relación contractual ya que esta se generó directamente con el operador de transporte de paquetes, documentos y carga Latin Logistics LLC a través del suministro del producto denominado "FlyBox".

4) La reclamación presentada por el señor Roymar Javier Durán Barón se centró en el incumplimiento de las obligaciones por parte de "FlyBox", por lo que no es correcta la conclusión del juzgado de que Avianca SA violó los preceptos legales contenidos en la Ley 1369 de 2009 ya que en ningún momento actuó como operador de mensajería expresa. La operación de Avianca se limitó a realizar la distribución en Colombia de los envíos que realiza Latin Logistics LLC, de modo que la Superintendencia de industria y Comercio no tenía competencia para investigar y sancionar a esta empresa cuando no existía ninguna relación de consumo derivada de un servicio postal con el señor Roymar Javier Durán Barón, de manera que no podía endilgarse el cumplimiento de deberes de un operador postal ni los requisitos de un servicio *express*, como tampoco los procedimientos de peticiones, quejas y reclamos.

5) Frente a la falta de competencia territorial de la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y sancionar actuaciones relacionadas con productos y/o servicios ofrecidos por empresas foráneas sometidas a ordenamientos jurídicos extranjeros el fallo no se pronunció en absoluto, incurriendo así en una ausencia de motivación en la decisión correspondiente a los argumentos en que se basan las pretensiones de la demanda, por lo tanto debe tenerse en cuenta que Latin Logistics LLC es una compañía de responsabilidad limitada organizada por las leyes del Estado de Florida en los Estados Unidos de América sujeta a la legislación de ese país, de modo que tampoco le es posible a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar una investigación o sancionar a una empresa extranjera con domicilio en el exterior y sin representación legal en Colombia.

6) En cuanto a la proporcionalidad y legalidad de la sanción el criterio utilizado para su tasación el *a quo* tomó en consideración solamente el límite máximo de las sanciones que puede aplicar la Superintendencia de Industria y Comercio pero no hizo correlación con la cuantía de los perjuicios que la conducta sancionada pudo ocasionar o la cuantía del acto mismo que provocó la sanción.

El hecho de que la sanción de 42 salarios mínimos legales mensuales vigentes solo alcance el 2.1% del monto máximo de la multa no quiere decir que sea una cuantía proporcional al daño causado o al monto de la operación comercial que motivó la actuación administrativa.

7) El presente asunto alude a la falta de respuesta de una petición que no implicó para el peticionario un perjuicio económico o subjetivo significativo pues, el envío que dio origen a la queja fue entregado en perfectas condiciones y el quejoso nunca reclamó perjuicios materiales o inmateriales al ente de control, el valor declarado de la mercancía en la guía aérea fue de \$151.57 USD y el valor de los fletes de \$5.90 USD, no obstante, como se dijo, la mercancía fue entregada en perfecto estado entonces resulta absolutamente desproporcionado sancionar a Avianca SA por la suma de \$28'957.110, valor que supera en más de 500 veces el posible valor de un perjuicio causado al quejoso con base en el monto de la operación comercial realizada.

8) Se debe revocar la condena en costas ya que no se comprobó ninguna actuación temeraria o de mala fe de la parte vencida según el criterio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto de 8 de agosto de 2019 (fl. 4 cdno. apelación) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 22 de agosto de 2019 (fl. 15 *ibidem*) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso al Ministerio Público para que emitiera concepto.

En dicho término la parte actora y demandada presentaron escritos de alegatos de conclusión (fls. 22 y, 10 a 21 respectivamente, cdno. apelación) en los que básicamente reiteraron los argumentos expuestos en la demanda, en el recurso de alzada y en la contestación de la demanda, respectivamente.

9. Concepto del Ministerio Público

La Agente del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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) aspecto preliminar, 2) objeto de la controversia, 3) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 4) análisis de la impugnación y, 5) condena en costas.

1. 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, PCSJA20-11556 del 22 de mayo 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 mediante los cuales suspendió los términos judiciales desde el 17 de marzo hasta el 30 de junio 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).

Procede entonces la Sala a resolver el presente asunto por haberse levantado a partir del 1º de julio de esta anualidad la medida de suspensión de los términos judiciales

2. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de la Resolución no. 65319 de 30 de septiembre de 2016 proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual se impuso una sanción de multa a la sociedad Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) en cuantía de \$28.957.110, por violación de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 por el hecho de haberse configurado el silencio administrativo positivo debido a la falta de respuesta de las peticiones elevadas por el usuario.

Asimismo se solicita la nulidad de la Resolución no. 43750 de 24 de julio de 2017 expedida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo inicial, y de la Resolución no. 60371 de 25 de septiembre de 2017 emitida por el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio que resolvió el recurso de apelación esgrimido en contra del acto que impuso la sanción con confirmación en su totalidad de la decisión inicial.

Para el efecto la empresa demandante adujo como cargos o cuestionamientos de legalidad: a) falta de legitimación en la causa por pasiva; b) falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, este cargo se subdividió en falta de competencia para investigar y sancionar respecto de un

producto que no corresponde a “servicios postales” y, falta de competencia territorial para investigar y sancionar actuaciones relacionadas con productos y/o servicios ofrecidos por empresa foráneas sometidas a ordenamientos jurídicos foráneos; c) proporcionalidad y legalidad al momento de dosificar la sanción en la Resolución no. 65319 de 2016.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que Avianca SA ostenta la calidad de empresa controlante o matriz de la sociedad Latin Logistics LLC, y que la responsabilidad por el manejo comercial de esa sociedad en relación con la operación en Colombia de los envíos postales recae en Avianca SA y por tanto sí le asiste legitimación en la causa por pasiva en la investigación administrativa, asimismo, porque tampoco procedía la falta de competencia por el factor territorial dado que Avianca SA fue constituida en Colombia y tiene su domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, de modo que por el desarrollo de su objeto social le son aplicables las normas del derecho interno; de otro lado, el servicio de mensajería prestado sí puede clasificarse como un servicio postal cuya vigilancia recae en la Superintendencia de Industria y Comercio según la normatividad nacional en consonancia con la Unión Postal Universal por lo que a Avianca SA le correspondía probar que el envío contratado por el señor Roymar Javier Duran Barón no encajaba en esa clasificación y, finalmente, que la entidad demandada al momento de establecer los criterios para la graduación de la sanción tuvo en consideración la naturaleza de la infracción y la gravedad de la falta por ser lesiva de los derechos de los usuarios del servicio postal de presentar peticiones, quejas y recursos y que estos sean resueltos en los términos dispuestos por las normas que regulan la materia.

El problema jurídico en esta segunda instancia según el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante consiste en determinar lo siguiente:

a) Si a Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) le asistía legitimación en la causa para ser sujeto pasivo dentro de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- b) Si la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía competencia para investigar y sancionar a Avianca SA por no existir ninguna relación de consumo derivada de un servicio postal con el señor Roymar Javier Durán Barón y si el a quo no emitió ningún pronunciamiento sobre este argumento.
- c) Si la entidad demandada aplicó los principios de proporcionalidad y legalidad al momento de cuantificar la sanción.
- d) Si hay lugar o no a imponer la condena en costas a la parte demandante.

3. Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

Sobre el punto cabe advertir que dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte demandante.

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 Proceso¹, norma aplicable en virtud de la remisión legal contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

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

“Artículo 328.- 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.

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

¹ Normatividad procesal aplicable atendiendo el criterio consignado en el Acuerdo no. PSAA-10392 de 1 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en la Sentencia C-229 de 21 de abril de 2015 proferida por la Corte Constitucional, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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

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, 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.

4. Análisis de la impugnación

1) Expone Avianca SA que no tiene legitimación en la causa por pasiva para responder por los hechos alegados por el señor Roymar Javier Duran Barón ante la Superintendencia de Industria y Comercio debido a que la persona jurídica encargada del producto o servicio ofrecido a través de "FlyBox" es la sociedad Latin Logistics LLC.

Este argumento no es atendible por lo siguiente:

a) En primer lugar, debe advertirse que "FlyBox" es un casillero virtual cuya finalidad es llevar a una dirección física en Colombia todas las compras realizadas a través de internet desde las ciudades de Miami (EEUU) y Madrid (España).

b) Según la política general de privacidad² de la plataforma virtual "FlyBox" se observa que Latin Logistics LLC (DBA) Avianca Express es una sociedad comercial incorporada en el Estado de Florida en los Estados Unidos de América quien como operador de transporte de paquetes, documentos y carga estadounidense comercializa y presta servicios de transporte y consolidación de carga, paquetes y documentos vía aérea; de igual forma, Latin Logistics LLC puede actuar con base en la marca Avianca Express de conformidad con el certificado de constitución y el contrato de licencia de uso de marca celebrado con Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) quien, para efectos de

² Información disponible en la página electrónica oficial de "FlyBox": <https://www.flybox.co/Paginas/Politiclas.aspx>

dicha política es la encargada del tratamiento de datos personales a través de su unidad de negocios DEPRISA la cual se dedica al transporte aéreo de documentos, paquetes y mercaderías en Colombia y en el resto del mundo y, para envíos internacionales hace uso de su alianza con la aerolínea Avianca Express.

c) Ahora bien, revisado el certificado de existencia y representación legal de Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) visible en los folios 2 a 24 del cuaderno principal número 1 del expediente se destaca, por una parte, que su objeto social corresponde, entre otros, a la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas incluidos los servicios postales en todas sus modalidades y, de otro lado, que tiene la calidad de empresa controlante de Latin Logistics LLC lo cual significa, según el artículo 260 del Código de Comercio³ que el poder de decisión de esta última se encuentra sometido a la voluntad de la sociedad controlante o matriz que para el caso es Avianca SA.

d) De lo anterior se tiene que si bien "FlyBox" es un producto de la sociedad extranjera Latin Logistics LLC este opera asociado con Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) por medio de la explotación de la marca Avianca Express según el contrato de licencia de uso de esta, circunstancia a partir de la cual Avianca SA se vale o beneficia del uso de la plataforma para ofrecer los servicios de transporte y distribución de envíos provenientes del exterior a través de su unidad de negocios DEPRISA, luego entonces no es correcta la afirmación e interpretación de Avianca SA en relación con la supuesta ausencia de legitimación en la causa por pasiva para comparecer en el proceso administrativo sancionatorio adelantado en su contra por la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que fue la empresa encargada de ofrecer y brindar el servicio de distribución del envío contratado por el señor Roymar Javier Durán Barón a través de "Flybox".

³ "ARTÍCULO 260. SUBORDINACIÓN. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

Tanto es así que Avianca SA en su página electrónica oficial señala los términos y condiciones de acceso y uso de **sus canales digitales de servicios**⁴, entre los que se encuentra la plataforma virtual "FlyBox" y para lo cual da el tratamiento de usuarios a aquellas personas que acceden a sus productos y servicios, de modo que no puede desconocer el vínculo que se generó con el señor Roymar Javier Durán Barón por hacer uso del casillero virtual quien, además se comunicó en dos ocasiones a través de las líneas de atención de DEPRISA para reclamar un envío faltante frente a cuyas solicitudes se asignaron los números de radicación 676116 y 726499 (pág. 4 de los antecedentes administrativos incluidos en el disco compacto obrante en el folio 154 cdno. ppal. no. 1), punto sobre el cual es relevante advertir que la empresa demandante no desvirtuó ni contradujo que efectivamente las peticiones del usuario fueron presentadas ante su unidad de negocios DEPRISA y no otra empresa.

e) Al respecto es importante recordar que la legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ en los siguientes términos:

"Así, la legitimación en la causa, ya sea por activa o por pasiva, es el presupuesto procesal en virtud del cual se establece el interés que le asiste a una persona para debatir en el juicio, el derecho que se litiga. En efecto, la legitimación es activa si se refiere a la vocación real del demandante para instaurar la acción y perseguir con ella la indemnización que le corresponda, vocación que deviene de las calidades y condiciones personales y fácticas que le permitan invocar, como directo interesado, un derecho, por la vía judicial. En contrapartida, la legitimación en la causa por pasiva implica que la posición que haya tenido el demandado en la relación sustancial y frente al derecho mismo que se invoca en la demanda, permite tenerlo como legítimo contradictor del demandante y habilita el examen judicial de su condición de posible responsable, deudor u obligado, frente al actor." (negrillas adicionales).

f) Aplicado lo anterior a las actuaciones administrativa teniendo en cuenta que la administración del casillero virtual "FlyBox" no es exclusiva o autónoma de Latin Logistics LLC correspondía a Avianca SA atender las peticiones derivadas del uso de esta por ser un producto que hace parte de la logística integral que

⁴ <https://www.avianca.com/co/es/sobre-nosotros/informacion-legal/terminos-y-condiciones/>

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, CP María Adriana Marín, providencia de 3 de abril de 2020, proceso no. 2008-000107-01 (42442).

tiene para cubrir la oferta del servicio de envíos internacionales con destino a Colombia y que prestó al usuario a través de su unidad de negocios DEPRISA, sumado al hecho de que funge como sociedad controlante de Latin Logistics LLC y, además, que su objeto social claramente comprende la prestación de servicios postales, situación jurídica por la cual sí era legítima destinataria de la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la medida en que le correspondía atender las peticiones elevadas por el usuario en los términos y forma que indica el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011, es decir, no cabe duda acerca de la legitimación en la causa por pasiva que le es predicable a la empresa demandante respecto de los hechos objeto de investigación y cuya actuación dio lugar a la expedición de los actos demandados.

2) Desde otro punto de vista, la parte actora aduce también que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía competencia para investigar y sancionar a Avianca SA por el hecho de que no tiene la condición de operador de mensajería expresa y que por lo tanto no se generó ninguna relación de consumo de un servicio postal con el señor Roymar Javier Durán Barón, y que contrario a lo manifestado en el fallo de primera instancia la sociedad extranjera Latin Logistics LLC fue quien prestó el servicio "FlyBox" directamente al usuario, circunstancia por la cual la entidad demandada no puede aplicar normas del derecho interno a esa empresa, sumado al hecho de que en la sentencia recurrida no hubo ningún pronunciamiento sobre el argumento alusivo a la falta de competencia territorial.

Estos motivos de censura no tienen vocación de prosperidad por lo siguiente:

a) Sobre este punto de la controversia se hace énfasis en el hecho de que el argumento por el cual Avianca SA justifica la ausencia de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio está íntimamente ligado con la supuesta falta de legitimación en la causa por pasiva alegada a lo largo de toda la actuación administrativa y judicial por cuanto, reitera nuevamente que no tuvo ningún vínculo contractual con el usuario y que ende no le era dable a la entidad demandada adelantar investigación alguna en su contra, no obstante dicho punto de discusión ya fue objeto de estudio en acápites anteriores en los que

se concluyó, sin hesitación, que Avianca SA sí tenía el deber de responder las peticiones elevadas por el usuario Roymar Javier Durán Barón, en esa medida sosteniendo su vinculación en el proceso administrativo sancionatorio en calidad de operador postal y como directo implicado en la queja presentada por el usuario resulta apenas lógico concluir que sí le asistía competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar la correspondiente investigación por el incumplimiento de normas del régimen de servicios postales y afectación de los derechos del consumidor con fundamento en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1369 de 2009 que preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 21. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad competente para hacer cumplir las normas sobre Libre Competencia, Competencia Desleal, y Protección del Consumidor en el mercado de los servicios postales, en los términos de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, las Leyes 256 de 1996 y 510 de 1999 y el Decreto 3666 de 2002.*

PARÁGRAFO. *El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones¹² proveerá los recursos financieros requeridos por la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer las funciones de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones.”* (negrillas adicionales).

b) Advierte la Sala que en relación con la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio la parte demandante en el recurso de alzada reparó únicamente sobre el destinatario de la investigación al afirmar categóricamente que no actuó como operador de mensajería expresa y que por tanto no tuvo ningún vínculo contractual con el usuario, sin embargo nada dijo en relación con la calidad del servicio contratado y suministrado por lo que dicho aspecto no será objeto de análisis.

c) En cuanto a la manifestación de que no hubo un pronunciamiento del juez de primera instancia sobre la falta de competencia territorial es menester indicar que dicho aspecto sí fue analizado en el sentido de negarse su prosperidad en razón de que a Avianca SA le asistía el deber de comparecer como sujeto pasivo en la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, aquella según su certificado de existencia y representación legal tiene domicilio principal en la ciudad de Barranquilla por lo que en desarrollo de su objeto social las normas del derecho interno colombiano

le son aplicables tal como lo dispone el artículo 1º de la Ley 1369 de 2009⁶ (fls. 165 y 166 cdno. ppal. no. 1), en ese sentido no le asiste razón a la recurrente en cuanto alega una supuesta omisión del *a quo* y por el contrario dicho criterio es compartido por la Sala, se reitera, por carecer de fundamento jurídico válido no es de recibo el argumento según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no era competente para investigar a la sociedad extranjera Latin Logistics LLC pues, como se dijo, dicha empresa no compareció en calidad de sujeto pasivo y, además, tal aspecto no supone una causal de nulidad de los actos acusados.

3) Por otra parte, argumenta la parte demandante que el criterio aplicado para la sanción impuesta no es equiparable a la cuantía de los perjuicios que la conducta sancionada pudo ocasionar pues, se trata de la falta de respuesta a una petición lo cual no implicó un perjuicio económico significativo para el usuario debido a que la mercancía fue entregada en perfecto estado y por lo tanto la sanción impuesta no fue proporcional.

Este argumento de nulidad tampoco es atendible por las siguientes razones:

a) Acerca del monto y graduación de la sanción aplicable en este caso concreto el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 en forma expresa y especial para esta materia preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 61. SANCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios:

⁶ ***“ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN, OBJETO Y ALCANCE. La presente ley señala el régimen general de prestación de los servicios postales y lo pertinente, a las entidades encargadas de la regulación de estos servicios, que son un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política. Su prestación estará sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, con sujeción a los principios de calidad, eficiencia y universalidad, entendida esta última, como el acceso progresivo a la población en todo el territorio nacional.***

Los Servicios Postales están bajo la titularidad del Estado, el cual para su prestación, podrá habilitar a empresas públicas y privadas en los términos de esta ley.”

1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

(...).

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. El daño causado a los consumidores;
2. La persistencia en la conducta infractora;
3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.
4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.
5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.
6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.
7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.
8. **El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.** (negrillas adicionales).

b) En este asunto objeto de examen en los actos administrativos demandados se valoró el criterio consistente en “el grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes” y la afectación o daño a los derechos de los consumidores (fls. 55 a 60 vltto. cdno. ppal. no. 1) ya que, sin justificación alguna la parte actora incumplió su deber de dar respuesta dentro del término legal a las quejas o peticiones verbales elevadas por el usuario del servicio postal inicialmente el 2 de enero de 2014, hecho que conllevó, además de la trasgresión del artículo 79 de la Ley 1480 de 2011, la vulneración del artículo 23 de la Constitución Política que protege el derecho fundamental que tienen las personas a presentar peticiones frente a las autoridades y a obtener una pronta respuesta.

c) En ese orden de ideas la Sala considera que la multa impuesta en modo alguno desconoció el principio de proporcionalidad por cuanto fue atribuida una

sanción correspondiente a los hechos materia de investigación ya que dentro del expediente administrativo se encuentra demostrada la configuración del silencio administrativo positivo por vulneración del derecho fundamental de petición, lo cual evidencia el incumplimiento del régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios postales, razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva.

d) De igual manera debe ponerse de presente, tal como lo explicitó el *a quo*, que el valor de la multa impuesta ascendió a la suma de \$28.957.110 el cual constituye un muy considerable bajo porcentaje del monto máximo legalmente fijado para ese tipo de conductas por cuanto esa cifra corresponde apenas al 2,10% del monto máximo posible que, para la fecha en que ocurrieron los hechos era de \$ 1.378.910.000⁷, por lo que no es cierto que la sanción sea desproporcionada y, por el contrario, el monto de la sanción impuesta no solo se enmarca en los límites posibles previstos en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 sino que también resulta razonable y adecuada al contenido y alcance de la falta objeto de sanción y de ninguna manera debe ser equiparada, como lo alega la demandante, a un consecuencial daño material o perjuicio económico tratándose de la vulneración de un derecho de rango constitucional.

e) En ese contexto la Sala considera que la multa impuesta no desconoció los principios de proporcionalidad y dosimetría sancionatoria por tanto este motivo de censura carece de asidero jurídico.

4) Finalmente, la demandante solicitó que se la absuelva de la condena en costas dado que no se comprobó una actuación temeraria o de mala fe.

Este motivo de censura no tiene vocación de prosperidad por lo siguiente:

a) En armonía con lo expresamente dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –norma especial- respecto de la condena en costas dispone lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la

⁷ El salario mínimo legal del año 2016 correspondía a la suma de \$689.455.

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil." (se resalta).

b) En este caso concreto no se está discute un interés público como sí ocurre por ejemplo en los medios de control de simple nulidad y nulidad electoral, la controversia versa sobre unos derechos de contenido particular y concreto como se desprende de las pretensiones de la demanda (fls. 97 y 98 cdno. ppal. no. 1), por lo tanto de conformidad con la citada norma de carácter especial la sentencia de primera instancia debía disponer sobre la condena en costas a la parte vencida cuya liquidación y ejecución se rigen por las normas del Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso, es decir, en los términos previstos en el artículo 366 de este último cuerpo normativo.

c) Por lo anterior es claro que la condena en costas a la parte vencida en primera instancia sí era jurídicamente procedente razón por la cual el argumento discutido en este preciso punto no prospera.

5) Así las cosas, para la Sala es claro que la sociedad Aerovías del Continente Americano SA (Avianca SA) no desvirtuó la imputación jurídica realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el incumplimiento del el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 en consonancia con los artículos 28 y 29 de la Resolución CRC 3038 de 2011, toda vez que no acreditó haber otorgado una respuesta oportuna y de fondo en los términos señalados en la mencionada normatividad a las peticiones elevadas por el usuario de las cuales tuvo pleno conocimiento en tanto que les asignó los números de radicación 676116 y 726499, por lo que operó el silencio administrativo positivo en favor del usuario, en consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada.

5. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo preceptuado en el artículo 366 del Código General del Proceso, en el presente evento hay lugar a condenar en costas causadas en esta instancia a la parte demandante en la condición de parte vencida cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

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,

FALLA:

1º) **Confírmase** la sentencia proferida en audiencia inicial de 11 de abril de 2019 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá DC.

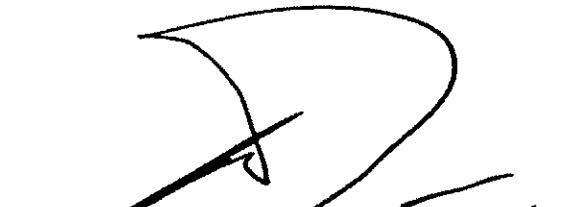
2º) **Condénase** en costas de esta instancia procesal a la parte demandante conforme a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

3º) Ejecutoriada esta providencia por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado


ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado