

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE VILLAVICENCIO



Villavicencio, primero (01) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB S.A. ESP
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EXPEDIENTE:	50 001 33 33 004-2013-00486-00

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

ANTECEDENTES

1.- Pretensiones:

1.1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

*- Resolución No. 42094 del 29 de junio de 2012, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones por la cual se impuso a la sociedad ETB S.A. E.S.P una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$113.340.000), equivalentes a 200 s.m.l.m.v.

*- Resolución No. 14108 del 22 de marzo de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, por medio de la cual se resolvió recurso de reposición y decidió no reponer la Resolución No. 42094 de 2012; así mismo se concedió recurso de apelación ante el Superintendente Delegado para la protección al Consumidor.

*- Resolución No. 21075 del 24 de abril de 2013, proferida por el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor, por la cual se confirma la Resolución 42094 de 2012.

1.2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho se ordene devolver a ETB S.A. ESP. el pago realizado de la sanción impuesta, mediante los actos administrativos demandados.

1.3. Como pretensión subsidiaria, en caso de no concederse la nulidad de las Resoluciones No. 42094 de 2012, 14108 de 2013 y 21075 de 2013, se declare la violación al debido proceso por parte del ente sancionador y se ordene conmutar la sanción impuesta a la ETB S.A. E.S.P, si es del caso por una diferente a la pecuniaria y proceder a devolver el pago realizado.

2.- Hechos: se sintetizan en los siguientes:

2.1. Señalan que la Dirección de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 34344 del 30 de mayo de 2012, decidió iniciar investigación administrativa mediante formulación de cargos (expediente 11-142149), con motivo de la denuncia presentada el día 4 de abril de 2012 por el señor PEDRO VICENTE CUBILLOS CAICEDO en calidad de Subgerente Comercial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.S.P.

2.2. La sociedad ETB S.A. ESP presentó descargos el día 19 de junio de 2012 frente a la formulación realizada por la Dirección de Protección al Consumidor.

2.3. La Dirección de Protección al Consumidor, mediante la Resolución No. 42094 del 29 de junio de 2012, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Director de Protección del Consumidor, resolvió imponer a E.T.B S.A. E.S.P. sanción pecuniaria por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$113.340.00).

2.4. El día 3 de agosto de 2012, la ETB S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de la Resolución sancionatoria, solicitando la revocatoria íntegra del acto administrativo.

2.5. Los recursos fueron negados a través de las Resoluciones 14108 del 22 de marzo de 2013 y 21075 del 24 de abril de 2013, en las cuales se mantuvo lo dispuesto en el acto administrativo sancionatorio.

3.- Fundamentos de derecho:

La empresa de telecomunicaciones demandante sostuvo que con la imposición de la multa la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en violación al debido proceso, infracción de las normas en que debería fundarse el acto, falsa motivación y vulneración del artículo 36 del C.C.A. al no observar la proporcionalidad de la sanción, proponiendo los siguientes argumentos de defensa frente a los actos acusados:

PRIMER CARGO, VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO:

Sostuvo que se dio cumplimiento de la Resolución expedida por la Dirección de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 78322 de diciembre 29 de 2011, suministrando la debida información al usuario, sobre el ajuste definitivo realizado por medio del documento No. 50000001122248 por valor de \$24.458.999.40 incluido IVA, correspondiente a cobros de cargos fijos del servicio de internet dedicado y conectividad avanzada nacional del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2011, periodo de consumo del 1 al 31 de agosto de 2010.

Sostuvo que la SIC permitió la actuación de un funcionario sin ser el representante de la empresa de servicios públicos, señalando que el Subgerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio, no se encontraba habilitado para presentar la reclamación objeto de la presente investigación por carecer de personería jurídica, ya que no se allegó poder alguno de representación de la misma.

SEGUNDO CARGO, INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO

Señaló que el ente investigador incurre en una falta de valoración de las razones tanto de hecho como de derecho que lo motivaron a imponer caprichosamente a ETB una sanción por \$113.340.000, equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al no sustentarse los factores objetivos para graduar la sanción, ni indicó cómo fue afectada la buena marcha en la prestación del servicio.

TERCERO CARGO, FALTA DE MOTIVACIÓN POR INDEBIDA VALORACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Explicó que la motivación expuesta por la Dirección de Investigaciones de Protección de usuarios de servicios de comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, fue incongruente y carente de veracidad, al haber hecho mención a la prestación del servicio de roaming internacional, cuando el objeto de la investigación estaba dirigido a indagar el acatamiento de las órdenes proferidas en la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, en relación con el servicio de "Internet Dedicado" prestado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Villavicencio.

CUARTO CARGO, VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DEL C.C.A.: PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

Consideró que en el acto administrativo demandado, la Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor no tuvo en cuenta los criterios de la dosimetría, lo que derivó en una decisión sancionatoria claramente desmesurada.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, atendiendo que el ente demandado incurrió en las conductas descritas en los cargos propuestos, toda vez que la empresa demandante no vulneró lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

3.- Trámite procesal:

3.1. Este Juzgado admitió la demanda mediante auto de 24 de julio de 2014 (fl. 221|-222).

3.2. Mediante providencia del 25 de septiembre de 2015, se tuvo por contestada la demanda por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (fl. 248); con decisión del 15 de octubre de 2015, se fijó fecha para celebrar la audiencia prevista en el numeral 1 del artículo 180 del CPACA. (fl. 250).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-SIC¹ destacó la facultad de intervención del Estado -en este caso la SIC- para proteger los derechos de los usuarios, teniéndose por sentado que el ordenamiento jurídico establece tanto para el operador, como para la autoridad de vigilancia y control, la obligación de interpretar de forma favorable las normas y cláusulas contractuales a los intereses del consumidor, como mecanismo garantista de la prevalencia de sus derechos.

Argumentó que en la expedición de las resoluciones demandadas no se incurrió en violaciones a las normas constitucionales y legales alegadas por la sociedad demandante, ya que fueron expedidas por la autoridad competente, observando las formalidades y trámites establecidos en la Ley, con el único fin de proteger los derechos de la denunciante EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE VILLAVICENCIO, quien a través del Subgerente Comercial, puso en evidencia el incumplimiento por parte del proveedor de comunicaciones del acto emitido por la Superintendencia.

Agregó que con el acervo probatorio obrante en la actuación administrativa 11-142149, se acreditó que el operador omitió hacer el ajuste en el cual se debía explicar la cantidad tomada como referencia, la liquidación proporcional respectiva, así como realizar la puntual discriminación de las cifras y periodos, e incluir las operaciones realizadas, todo lo cual debía constar en las facturas ajustadas, por lo cual, sostiene que los actos acusados fueron expedidos dentro del marco de legalidad y no se encuentran falsamente motivados.

¹ Documento obrante a folios 237 a 241 del expediente.

Señaló que no es de recibo que el operador persista en el cargo referente a la presunta vulneración al debido proceso, con ocasión a la presunta falta de legitimación en la causa por activa de parte del Subgerente de la Sociedad EMPRESA DE ACUEDUCTO DE ALCANTARILLADO, afirmando que no se encontraba habilitado para presentar la respectiva denuncia, frente a lo cual considera que cualquier persona se encuentra habilitada para presentar denuncias y solicitudes, las cuales tienen que ser tramitadas por las entidades ante las que se presentan, sin que éstas puedan exigir mayores requisitos a los definidos en la Ley, tal como se establecía en el artículo 5 del C.C.A., de manera que no existía limitación alguna, y no se requería acreditar una calidad especial, ni mucho menos demostrar un interés legítimo y directo sobre el caso para denunciar la presunta transgresión al ordenamiento jurídico, pues bastaba que se advirtiera la supuesta infracción y se cumplieran los requisitos mínimos exigidos por la normatividad, lo cual no aplica para la presentación de descargos o para interponer recursos, cuyas actuaciones requieren la habilitación jurídica expresa mediante el otorgamiento de poderes para ejercer el derecho de postulación, como lo contempla el artículo 52 del C.C.A.

Manifestó que no se configura falsa motivación por indebida valoración fáctica y jurídica, toda vez que la relación fáctica que dio lugar a la apertura de investigación y posterior sanción, efectivamente existió, ya que fueron hechos reales que encuadraban perfectamente en un tópico antijurídico y sancionado por el ordenamiento jurídico, lo cual generó la imposición de la sanción, configurándose la no prosperidad de este cargo.

Indicó que el demandante no esgrimió justificación alguna con fundamento en la cual pudiera exonerarse de responsabilidad por no cumplir a cabalidad lo ordenado por la Superintendencia a favor de la Empresa de Acueducto denunciante, circunstancia que no solo vulneró los derechos que le asistían a la empresa como consumidora de los servicios de la reclamante sino que hizo más gravosa su situación, toda vez que tuvo que radicar la respectiva queja con ocasión al incumplimiento e iniciarse la investigación con ocasión a tal omisión por parte del operador.

Explico que la S.I.C. estableció el monto de la sanción atendiendo los criterios fijados en la Ley 1341 de 2009, en donde se consagra la gravedad de la falta y la sanción, destacando que en este caso la transgresión fue de tal magnitud que tuvo repercusiones constitucionales, siendo la sanción proporcional a la trascendencia y repercusión que generó no cumplir la orden impartida por la SIC a favor de la sociedad denunciante.

Agregó que cada caso tiene sus particularidades y la SIC puede realizar un estudio de la trascendencia de las implicaciones de las conductas trasgresoras frente a los derechos de los usuarios, aunado a que la sanción impuesta es proporcional al límite máximo previsto en la norma para este propósito; destacando que el monto de la multa impuesta de \$113.340.000 equivalente a 200 SMLMV para la época, corresponde al 10%, del máximo permitido por el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, monto que se encuentra en el rango permitido y no es desproporcional.

Concluyó que los actos administrativos objeto de la acción se ajustan a derecho, debiéndose negar las pretensiones de la demanda.

3.3. La audiencia inicial se celebró el 27 de enero de 2016 (fls. 252-255), decretándose y negándose pruebas de índole documental, la negativa fue apelada y se concedió recurso de apelación. El Tribunal Administrativo del Meta en providencia del 14 de marzo de 2018 (fls. 4 a 6 del cuaderno de segunda instancia) confirmó la negativa a la prueba documental.

3.4. Mediante proveído calendado el 17 de julio de 2018, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que alegar de conclusión (fl. 260).

4.- Alegatos:

4.1. PARTE DEMANDANTE (fls. 261 a 272)

Reiteró los planteamientos de la demanda, agregando la vulneración al debido proceso de parte de la SIC por una indebida formulación de cargos, al no haberse indicado con claridad la norma infringida, aunado a que la sanción no podía imponerse a partir de la mera invocación del numeral 12 de la Ley 1341 de 2009, en razón a que es una norma en blanco que no puede ser infringida directamente.

4.2. ENTIDAD DEMANDADA - SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (fls. 209 a 292)

La apoderada de la entidad demandada, insistió en la argumentación expuesta al contestar la demanda.

4.3. Ministerio Público

La agente del Ministerio Público no rindió concepto previo a sentencia.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

Se encuentran reunidos en su integridad los requisitos de demanda en forma, competencia de este Juzgado para conocer de los procesos de nulidad del derecho en los que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 155 numeral 3° del C.P.A.C.A.); lo mismo que capacidad para ser parte y para comparecer al proceso de los sujetos procesales quienes concurren a través de apoderados judiciales legalmente constituidos.

II. Problema jurídico:

Se contrae a determinar si se encuentran viciados de nulidad los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en los cuales se impuso multa pecuniaria a ETB S.A. E.S.P., por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$113.340.00), que corresponde a 200 s.m.l.m.v.

Caso concreto

La Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución No. 34344 del 30 de mayo de 2012, decidió iniciar investigación administrativa contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., mediante formulación de cargos (expediente 11-142149, folios 187 a 189 anexo N.1), con motivo de la denuncia presentada el día 4 de abril de 2012 por el señor PEDRO VICENTE CUBILLOS CAICEDO en calidad de Subgerente Comercial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio E.S.P., quien aludió el presunto incumplimiento a lo ordenado mediante la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011.

Sostiene la empresa demandante que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, por cuanto con la imposición de la multa la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en (i) violación al debido proceso, (ii) infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo, (iii) falsa motivación y (iv) vulneración del artículo 36 del C.C.A. al no

observar la proporcionalidad de la sanción.

(i) *PRIMER CARGO VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO*, la parte demandante adujo su vulneración en dos aspectos:

Sostuvo ETB S.A. ESP que las órdenes dispuestas en la resolución expedida por la dirección de protección al consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 78322 de diciembre 29 de 2011, fueron cumplidas, suministrando la debida información al usuario, realizando los ajustes correspondientes al servicio de internet dedicado prestado pero dejado de facturar oportunamente y correspondiente al monto cobrado por cargos fijos de dicho servicio prestado e indicó que después del ajuste mencionado, quedó una deuda a favor de la E.T.B S.A. ESP y debida por la quejosa por valor de \$6.667.330.06; que mediante documento de respuesta a los recursos le fue informado a la quejosa que se le había descontado provisionalmente el valor de \$6.217.943,23 IVA incluido, correspondiente al valor de los cargos fijos de los servicios de conectividad avanzada nacional e internet dedicado de los periodos facturados de mayo y junio de 2011, constituyendo un valor menor al realmente debido y concluyó que la empresa demandante fue respetuosa del cumplimiento de la Resolución No. 78322 de 2011.

De otra parte, adujo que la SIC permitió la actuación de un funcionario sin ser el representante de la empresa de servicios públicos, señalando que el Subgerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio, no se encontraba habilitado para presentar la reclamación objeto de la investigación por carecer de personería jurídica, ya que no se allegó poder alguno de representación de la misma.

Frente a esta causal de anulación observa el Despacho:

1. El principio del debido proceso administrativo cobra una especial relevancia constitucional cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración pública, de esta manera, cuando la Carta consagra el debido proceso administrativo, reconoce implícitamente la facultad que corresponde a la Administración para imponer sanciones, dentro de los claros límites constitucionales. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha expresado que la potestad sancionadora de la Administración: (i) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía judicial, (iii) se encuentra sujeta al control judicial, y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso.² Por tal razón, con el fin de garantizar el derecho de defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, todas las garantías esenciales que le son inherentes al debido proceso.

De esta manera el derecho al debido proceso administrativo se vulnera por parte de las autoridades públicas, cuando estas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho de acceso a la administración de justicia.³

En síntesis, el derecho fundamental al debido proceso en su aplicación a las actuaciones de la administración pública y los procedimientos administrativos exige a la administración pública respeto total de la Constitución en sus artículos 6, 29 y 209 superiores, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados.⁴

²Ver sentencias C-506 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-491 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³Ver Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴Consultar Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En esa medida frente al planteamiento relacionado con el cumplimiento de la resolución expedida por la Dirección de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 78322 de diciembre 29 de 2011, considera el Despacho que la justificación que presenta la entidad demandante, no configura la aducida vulneración al debido proceso, puesto que la violación de este derecho se materializa en el desconocimiento de formalidades de índole sustancial que afecten su núcleo esencial y en especial, el derecho de defensa, lo que no se visualiza dentro de las actuaciones allegadas, al haberse permitido controvertir, aportar y solicitar pruebas, aunado a que la SIC analizó los planteamientos de ETB S.A. ESP sin que se hubiese acreditado el cabal cumplimiento a la Resolución No. 78322; además se destaca que la parte demandante no precisó la formalidad aducida como incumplida.

Cabe precisar, que el análisis realizado por el Juzgado no reabre el debate para determinar el cumplimiento o incumplimiento de la Resolución 78322 de 2011, ya que la actuación judicial no es una tercera instancia, en el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo cual no se configura la causal de anulación invocada.

2. Respecto al argumento de falta de capacidad de representación legal de quien formuló la queja que dio inicio a la investigación contra la empresa demandante, advierte el Despacho de los elementos de prueba aportados que a folio 160 del anexo No.1, obra el oficio CE-SCOM-102 del 28 de marzo de 2012, mediante el cual el señor PEDRO VICENTE CUBILLOS CAICEDO, en calidad de Subgerente Comercial de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE VILLAVICENCIO, solicita a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO verificar el incumplimiento a la Resolución 78322 de 2011, oficio en el cual se consigna:

"(...)

Ref: INCUMPLIMIENTO. Resolución No 78322 de 2011/Expediente No. 11-1412149

De manera respetuosa, solicito la verificación del incumplimiento de la Resolución de la referencia, para que se proceda de conformidad. Anexo documentales.

(.....)

Para el Despacho, no existe divergencia en que la denuncia fuera radicada ante la SIC por el Subgerente Comercial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio, debiéndose destacar que para presentar quejas o formular denuncias no se requiere una calidad especial; nótese que cuando se busca proteger los derechos de los usuarios cualquier persona interesada puede reclamar si considera infringidas las disposiciones que protegen al consumidor.

Desde el inicio la Superintendencia precisó al demandante que *"cualquier persona se encuentra habilitada para presentar denuncias y solicitudes, las cuales deben ser tramitadas para la entidad ante la cual se presentan, sin que se puedan exigir mayores requisitos de los definidos por la ley."*

Al encontrarnos frente a una actuación administrativa se dio aplicación al artículo 5º del Código Contencioso Administrativo, vigente para el momento en que se apertura la investigación, norma que consagraba el derecho a presentar peticiones, facultad que no ha sufrido modificaciones y en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 5º numeral 1º se consagra como derecho de las personas ante la autoridades, el presentar peticiones.

Así las cosas, no se configura la aducida falta de capacidad de representación para solicitar que en sede de una actuación administra se verifique el cumplimiento de un acto administrativo que procura la protección de los derechos de un usuario del servicio, por lo cual este argumentos no configura un vicio que afecte la legalidad de los actos

administrativos acusados.

(ii) SEGUNDO CARGO - INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO

Señaló la parte demandante que el ente investigador incurre en una falta de valoración de las razones tanto de hecho como de derecho que lo motivaron a imponer caprichosamente a ETB una sanción por \$113.340.000, equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, puesto que al decidir graduar la sanción, no hace alusión a ninguno de los factores objetivos para su graduación, ya que no se indicó por qué con el incumplimiento a la orden impartida, fue impactada la buena marcha en la prestación del servicio y mucho menos las razones objetivas que la motivaron a imponer una sanción con fundamento en el factor de reincidencia.

Al respecto advierte el Despacho que para dosificar las sanciones la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– y se dictan otras disposiciones, en los artículos 64, 65 y 66, establece lo siguiente:

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

1. No respetar la confidencialidad o reserva de las comunicaciones.
2. Proveer redes y servicios o realizar telecomunicaciones en forma distinta a lo previsto en la ley.
3. Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.
4. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos.
5. Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta.
6. Incumplir el pago de las contraprestaciones previstas en la ley.
7. Incumplir el régimen de acceso, uso, homologación e interconexión de redes.
8. Realizar subsidios cruzados o no adoptar contabilidad separada.
9. Incumplir los parámetros de calidad y eficiencia que expida la CRC.
10. Violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones previsto en la ley.
11. La modificación unilateral de parámetros técnicos esenciales y el incumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión sonora.

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

13. Cualquier práctica o aplicación que afecte negativamente el medio ambiente, en especial el entorno de los usuarios, el espectro electromagnético y las garantías de los demás proveedores y operadores y la salud pública.

PARÁGRAFO. Cualquier proveedor de red o servicio que opere sin previo permiso para uso del espectro será considerado como clandestino y el Ministerio de Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones, así como las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes.

ARTÍCULO 65. SANCIONES. <Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> **Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:**

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales.
3. Multa hasta por el equivalente a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas.
4. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
5. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

ARTÍCULO 66. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES. <Artículo derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019>

Legislación Anterior

Texto original de la Ley 1341 de 2009:

ARTÍCULO 66. 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 42094 del 29 de junio de 2012, se señaló lo siguiente:

" (...) Sanción administrativa.

Se encuentra establecido, como quedó visto, el incumplimiento por parte de la sociedad investigada de lo ordenado por la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011.

Como consecuencia, al tenor de lo normado por la Ley 1341 de 2009, los Decretos 1130 de 1999 y 3523, modificado por el artículo 6 del Decreto 1687 de 2010, se impondrá a la sociedad EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.....una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$113.340.000) equivalentes a DOSCIENTOS (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto al que se llega luego de analizar la naturaleza de la infracción y, en particular, el hecho concreto con el incumplimiento parcial respecto de la orden impartida, **se hace nugatorio el derecho de la usuaria adquirido en desarrollo del trámite que culminó con la expedición de la Resolución No 78322**

del 29 de diciembre de 2011 y se vulneró lo dispuesto en el artículo 64 numeral 12 de la Ley 1341 de 2009. (....)

Sobre el mismo aspecto, en la Resolución 14108 de 2013, por la cual se confirma la sanción, se indicó lo siguiente:

*"(....) es necesario anotar que la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, obedece principalmente a una facultad discrecional que no es absoluta, esto es, no depende de criterios subjetivos. **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 (....)***

Igualmente, debe tenerse en cuenta que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones para el caso concreto establecida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual definió unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno (1) y dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra legalmente investida esta Superintendencia es que realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción, sin perder de vista los extremos máximos y mínimos previstos en la norma.
(....)

En este sentido conviene precisar, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que:

"(...) la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos."

De este modo, una vez determinada la gravedad de la falta, atendiendo los lineamientos de razonabilidad y ponderación de las circunstancias particulares de cada caso concreto, esto es la proporcionalidad, el Despacho haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, impone la sanción pecuniaria a cargo de la investigada.

Es pertinente resaltar que la valoración de los criterios expuestos no comporta la existencia de procedimiento cuantitativo en el que se indique, a manera de ejemplo, el valor con que será sancionada una determinada falta, pues lo que el Despacho analiza es que una vez determinada la existencia de la infracción y valoradas las circunstancias particulares de cada caso, con apego a los criterios legales y expuestos, hay lugar a la imposición de la sanción pecuniaria dentro de los rangos indicados en la norma.

De esta forma, y frente a la conducta que se reprocha a la sociedad investigada, es preciso indicar que en su momento, el fallador de primera instancia determinó imponerle una sanción pecuniaria por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTAMIL PESOS (\$113.340.000), equivalentes a DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, como lo afirma el operador en su recurso, fundamentado en la naturaleza de la infracción y, en particular, por el incumplimiento de la orden impartida mediante Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, consistente en "realizar los ajustes respectivos en la facturación del usuario, y en caso de haberse realizado el pago, proceder al reintegro del dinero" dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de la comunicación de la referida Resolución, y explicando, al momento de materializar el ajuste, "la cantidad tomada como referente, la liquidación proporcional respectiva" así como realizar la

"puntual discriminación de las cifras y periodos", e incluir las operaciones realizadas, **todo lo cual debía constar en las facturas ajustadas, omisión esta que conllevó a la vulneración del derecho que tienen todos los usuarios de los servicios de comunicaciones, a que se materialicen de manera oportuna y efectiva las decisiones en las cuales se reconozcan y concedan favorablemente sus pretensiones, tal y como ocurrió en la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011.**

Precisamente, se procede a imponer la sanción recurrida, con fundamento en la gravedad de la falta, ya que la conducta desplegada por la investigada no solo desconoció una orden administrativa en cuanto a sus términos, sino en cuanto a su alcance material, pues entendió cumplir con la realización de un reajuste sin mayores explicaciones, cuando tenía la obligación de explicar, "la cantidad tomada como referente para hacer el reajuste, la liquidación proporcional respectiva, así como realizar la puntual discriminación de cifras y periodos", e "incluirlas operaciones realizadas" burlando no solo la orden impartida por esta Superintendencia, sino desconociendo de manera directa la autoridad de éste órgano de control, pues desatendió sin mayores miramientos lo ordenado por éste Despacho, emitido en virtud de las funciones de garantía y protección de los derechos de los usuarios que le han sido conferidas.

*En consecuencia, no es procedente el argumento dirigido a cuestionar la dosimetría sancionatoria y la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de establecer el monto de la sanción en el presente caso, ni mucho menos el cumplimiento efectivo de las normas que sirven de sustento a éstas autoridad tal y como lo sostiene el recurrente, pues como bien se indicó, **la graduación de la sanción impuesta fue el resultado de la valoración de los criterios normativos y de las pruebas obrantes en el diligenciamiento, atendiendo las circunstancias particulares de la investigación que ocupa la atención de este Despacho.** (.....)"*Negrillas y subrayado fuera de texto.

Examinadas las decisiones administrativas destacadas, se evidencia claramente que la Superintendencia de Industria y Comercio sí efectuó un análisis de razonabilidad para imponer la sanción, concluyendo que la conducta de la investigada desconoció una orden administrativa, configurándose la infracción prevista en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, procediendo aplicar los criterios contenidos en el artículo 66 ibídem para imponer sanciones.

De este modo, no le asiste razón a la empresa demandante al aducir una omisión de parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues está en ejercicio de la facultad sancionatorio precisó el marco normativo y los criterios aplicados, por lo cual, el cargo de anulación invocado se despacha de forma desfavorable.

(iii) TERCER CARGO - FALTA DE MOTIVACIÓN POR INDEBIDA VALORACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Expuso la parte demandante que la motivación expuesta por la Dirección de Investigaciones de Protección de usuarios de servicios de comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, fue incongruente y carente de veracidad, pues se entendía que el objeto de la investigación estaba dirigido a indagar respecto a las pruebas proporcionadas por ETB S.A. E.S.P., que permitieran evidenciar el acatamiento de las órdenes proferidas en la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, en relación con el servicio de "Internet Dedicado" prestado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Villavicencio, pero no en relación con el servicio de "Roaming Internacional", servicio que corresponde a la telefonía móvil celular que difiere sustancialmente del servicio de "Internet Dedicado", al cual en ninguna parte hizo mención la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011 y mucho menos respecto a la falta de información a la usuaria en cuanto a ese servicio, de manera suficiente y oportuna, como tampoco en cuanto haber inducido en error al mismo, sobre las tarifas aplicables al servicio de Roaming internacional, motivaciones que de ninguna manera pueden llevar a que con fundamento en una falsa motivación, proceda arbitrariamente a la imposición de una multa.

Sobre esta causal de anulación, destaca el Despacho que el Consejo de Estado ha sostenido que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que las razones expresadas en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación⁵.

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

Según lo precedente, la Sección Primera afirmó que la falsa motivación del acto ocurre cuando⁶:

"- Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública

- Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas

- Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y

- Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión (C.P. María Claudia Rojas Lasso-^{7 8}."

Examinada la Resolución sancionatoria 42094 del 29 de junio de 2012, en ella se consignó como conclusión, que evaluada la conducta de reproche y su gravedad, se contravino lo dispuesto en materia de promociones y ofertas, conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Resolución CRC 3066 de 2011, lo que constituyó una violación al principio de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, en la medida en que la oferta de los servicios de roaming internacional no contiene toda la información que interesa al usuario para poder tomar su decisión de una manera informada, de manera que la información suministrada no fue suficiente e indujo en error al usuario sobre las tarifas aplicables por ese servicio, lo que hizo procedente la imposición de la sanción de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Evidenciado lo anterior, se advierte que si bien, la investigación adelantada contra la E.T.B no tenía relación directa con la oferta de servicios de roaming internacional, sino con el cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, se resalta que en el acto sancionatorio, se determinaron los alcances de las actuaciones de la demandante frente a las órdenes dispuestas en la citada resolución, en los siguientes términos:

"(...) De lo anterior encontramos que la orden ni se limitó a imponer un ajuste , sino que estipuló de manera específica, la forma y los términos en los que debía realizar dicho ajuste, consagró una serie de elementos que se debían tener en cuenta al momento de realizar los cambios en la facturación.

⁵ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente 25000232400020080026501, Magistrada Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 13 de agosto de 2018, expediente 11001-03-25-000-2011-00482-00 (1915-2011), Magistrado Ponente: Carmel Perdomo Cuéter.

⁷ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 14 de abril de 2016, expediente 25000232400020080026501, Magistrada Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia del 13 de agosto de 2018, expediente 11001-03-25-000-2011-00482-00 (1915-2011), Magistrado Ponente: Carmel Perdomo Cuéter.

Adicionalmente, del plenario del proceso no podemos encontrar evidencia alguna que nos permita concluir que el reajuste en la facturación atendió a las específicas condiciones establecidas en la Resolución, por el contrario, la forma en que procedió el proveedor desconoció los términos previstos por esta Superintendencia. En efecto no se desglosaron los rubros, no se discriminaron las cifras, tampoco los periodos, no se incluyeron las operaciones realizadas para los ajustes en la facturación, mucho menos se procedió a explicar las cantidades tomadas como referentes y la liquidación proporcional respectiva.

Lo único que hizo el proveedor, fue limitarse a allegar las copias de las facturas ajustadas, pero el resto de las acciones particulares ordenadas en la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, fueron desconocidas totalmente. Tanto así, que precisamente el motivo de la investigación que hoy adelanta este Despacho, se debe a una confusión en el cobro de los saldos, ya que la usuaria considera que se le está cobrando un rubro que ya se había incluido en la factura, precisamente la falta de desglosar y discriminar ítem por ítem, mes por mes y periodo por periodo, es lo que efectivamente genera la confusión, que es el origen de la presente investigación.

Así las cosas, y en vista que el proveedor, como le ocurrió en la primera oportunidad, no proporciono (SIC) las pruebas que permitieran evidenciar que efectivamente cumplió la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011 en su totalidad, considera este Despacho que se configura un incumplimiento a lo establecido en el artículo 64 numeral 12 de la Ley 13331 de 2009.

En ese orden de ideas, y toda vez que el incumplimiento cesa únicamente cuando se acatan las ordenes (SIC) proferidas por esta Entidad a cabalidad, esta instancia concluye que la sociedad investigada a pesar de haber efectuado un ajuste por valor de \$24.758.999.40 en supuesto acatamiento de la orden emanada en el acto administrativo anteriormente citado, el mismo no corresponde íntegramente a lo ordenado por esta Dirección, motivo por el cual, este Despacho evidencia que en el presente caso existe un cumplimiento parcial de la Resolución No. 78322 del 29 de diciembre de 2011, vulnerando así el derecho reconocido a favor de la usuaria y lo dispuesto en el artículo 64 numeral 12 de la Ley 1341 de 2009, hechos tales que son graves y que de acuerdo a los criterios expuestos en el artículo 66 ibídem, hacen procedente que este Despacho imponga la sanción de multa de que trata el artículo 65 ibídem que se describe a continuación y emita la orden a la sociedad investigada de cumplir lo dispuesto en el pluricitado acto administrativo en los términos allí previstos y de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de las presente Resolución, dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir de su ejecutoria.
(...)

Así las cosas, colige el Despacho que los fundamentos de hecho y derecho expresados por la entidad demandada frente a la materia de investigación, claramente correspondieron a la realidad y justificaron la imposición de la sanción, de manera que no hay lugar a declarar una falsa motivación, pues a todas luces se observa que lo consignado frente al roming internacional no es el argumento central del acto acusado, máxime cuando de manera precedente a dicho párrafo la Superintendencia ya había declarado el incumplimiento de la E.T.B. con relación a la Resolución No. 78.322 de 2011, respaldando los argumentos de sanción en la normativa allí enunciada, razón por la cual se niega el cargo propuesto.

(iv) CUARTO CARGO: VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DEL C.C.A.: PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

Se planteó el cargo destacando posturas jurisprudenciales, según las cuales en toda decisión punitiva del Estado se debe considerar y ponderar tanto lo favorable como lo desfavorable al investigado; considerando la parte demandante que en el acto administrativo demandado, la Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor no tuvo en cuenta los criterios de la dosimetría, lo que derivó en una decisión sancionatoria claramente desmesurada.

Sobre el cargo de desproporción de la sanción, destaca el Juzgado lo señalado por el Consejo de Estado:

*"De suerte que atendiendo esas circunstancias y la relevancia de los derechos e intereses colectivos que se buscan proteger con las normas vulneradas por la actora, la Sala estima que la sanción impuesta es proporcional a los hechos sancionados, siendo conveniente advertir que **la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento**, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos. Es, entonces, ante todo un problema de relación axiológica entre la situación fáctica del caso y la sanción impuesta, que en principio se presume ajustada a la normativa pertinente, dada la presunción de legalidad del acto administrativo, y que por lo mismo el afectado debe desvirtuar cuando la controvierta, debiéndose decir que por las razones antes expuestas no ha sido desvirtuada en este caso." (Negrillas y subrayas fuera de texto) ⁹.*

En el presente asunto, se observa respecto de la dosimetría de la sanción impuesta a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. en la Resolución 42094 del 29 de junio de 2012, por la suma de CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$113.340.000) equivalentes a 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que dicha fijación fue dispuesta luego de analizar la naturaleza de la infracción y, en particular, el hecho concreto del incumplimiento parcial respecto de la orden impartida, con lo que se vulneró el derecho del usuario, adquirido en desarrollo del trámite que culminó con la expedición de la Resolución No 78322 del 29 de diciembre de 2011 y lo dispuesto en el artículo 64 numeral 12 de la Ley 1341 de 2009.

Cabe destacar, que el monto de la sanción, constituye un bajo porcentaje del monto máximo establecido en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 (2000 SMLMV), siendo proporcional a los hechos que la motivaron y adicional a ello, la parte demandante no acreditó que la conducta reprochada ameritara una sanción menor, en virtud de lo cual se niega el cargo propuesto.

Así las cosas, los ataques propuestos contra los actos acusados no tienen vocación de prosperidad, ni se desvirtuó la presunción de legalidad que cobija las decisiones de la administración, razón por la cual serán negadas las pretensiones de la demanda.

III. CONDENA EN COSTAS

Respecto a la condena en costas, advierte el Despacho que en el presente proceso no se ventilaron asuntos de interés público y como quiera que la sentencia fue totalmente adversa a la parte demandante procede la imposición a cargo de la parte vencida de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., aunado a que se causaron expensas que justifican su imposición; como agencias en derecho, con fundamento en los criterios establecidos en el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P., en concordancia con lo establecido en el numeral 3.1.2 del artículo 6° del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señala la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS MC/TE (\$566.000), que corresponden al 0.5% de las pretensiones de la demanda¹⁰.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio Meta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de julio de 2019, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, número único de radicación 25000-23-24-000-2010-00161-01 Y 05001-23-31-000-2010-00487-01 (acumulados)

¹⁰ Las pretensiones se fijaron en la demanda en el monto de \$ 113.340.000 (Fol. 159).

RESUELVE:

- PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- SEGUNDO:** CONDENAR en costas a la parte demandante, por Secretaría liquídense. Como agencias en derecho se fija la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS MC/TE (\$566.000) para que sean incluidos en la respectiva liquidación.
- TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, previa devolución del remanente por concepto de gastos ordinarios del proceso, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

CATALINA PINEDA BACCA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE VILLAVICENCIO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
5517b94c9caa2d0d37eca6eef33b3752408c6c22fc17d28bc22b2c3fc2065
811

Documento generado en 01/09/2020 04:15:04 p.m.