



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., trece (13) de abril dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-34-002-2016-00259-00

Demandante: EDATEL S.A.

Demandado: Ministerio de Tecnologías de la Información y las
Comunicaciones

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede el Despacho a resolver la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió a través de apoderada judicial EDATEL S.A., en contra de la Nación, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Lo anterior, con base en los siguientes

I ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

*"PRIMERA. Que **SE DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución Número 2874 del 22 de octubre de 2014, proferida por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante la cual se*

impone una multa a la sociedad **EDATEL S.A. E.S.P.**, por la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes.

SEGUNDA: Que igualmente, **SE DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución número **111** del 30 de octubre de 2015 proferida por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución número **0002874 del 22 de Octubre de 2014**, en el sentido de "Confirmar en todas sus partes" lo decidido en la mencionada Resolución.

TERCERA. Que igualmente, **SE DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución número **2272** del 18 de Noviembre de 2015 proferida por la Viceministra del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución número 0002874 del 22 de Octubre de 2014, en el sentido de no revocar la resolución en mención.

CUARTA. Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos antes mencionados, y a título del **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se **DECLARE** que la sociedad **EDATEL S.A. E.S.P.** no estaba obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la sanción impuesta por medio de los actos acusados.

QUINTA. Que igualmente, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** y por haber sido consignada a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la cantidad de **SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$69.595.000.00)**, equivalentes a la multa

impuesta por la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y los intereses correspondientes al momento del pago, de conformidad con los actos acusados, se condene al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a reintegrar a favor de **EDATEL S.A. E.S.P.**, la suma de dinero mencionada, reajustada conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), con sus respectivos rendimientos económicos.

SEXTA. Que en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se condene en costas a la parte demandada, según la conducta que asuman en el proceso.

SÉPTIMO. Que en la sentencia que ponga fin a la presente acción, se dé cumplimiento a las disposiciones y al término indicado en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), y que las sumas de dinero a que sea condenada la demandada, devenguen los intereses máximos moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos ya mencionados. -Negrillas del texto original-.

Como pretensiones subsidiarias se pidieron las siguientes:

“PRIMERA. Que se modifique el artículo primero del acápite resolutivo de la Resolución número **0002874** del 22 de octubre de 2014, específicamente en el sentido de disponer la disminución de la sanción impuesta a mi mandante, de conformidad con los criterios de razonabilidad y

proporcionalidad esgrimidos en el aparte de dosimetría de la sanción de la demanda y con lo indicado en la parte motiva de las Resoluciones que serán objeto de acción judicial.

SEGUNDA: Que igualmente a título **DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** y por haber sido consignada a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la cantidad de **SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$69.595.000.00)**, equivalentes a la multa impuesta por la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y los intereses correspondientes al momento del pago, de conformidad con los actos acusados, se condene al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a reintegrar a la sociedad **EDATEL S.A. E.S.P.** el valor que resulte de la diferencia entre la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio y la que el Juzgado disponga en la correspondiente sentencia, reajustada conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, con sus respectivos rendimientos económicos.

TERCERA. Que en la sentencia que ponga fin a la presente acción, se dé cumplimiento en el término indicado en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y a que las sumas de dinero a que sea condenada a reintegrar, devenguen los intereses máximos moratorios a una tasa equivalente a la DTF desde su ejecutoria, conforme a lo dispuesto en los artículos ya mencionados.

CUARTA. Que en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se condene en costas a la parte demandada, según la conducta que asuma en el proceso. -Negrillas del original-

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes:

II. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, son los que a continuación se sintetizan:

A través de Auto No 002656 del 13 de diciembre de 2012 y como consecuencia de la queja presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, inició investigación administrativa en contra de la Sociedad EDATEL S.A. E.S.P., por el presunto incumplimiento de las obligaciones regulatorias en materia de cargos de acceso y uso de redes fijas y móviles, por cuanto no había procedido a la implementación del cobro de cargos de acceso de conformidad con la Resolución 1736 de 2007, a favor de la Empresa de Comunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

Por medio de la Resolución No 0002874 del 22 de octubre de 2014, la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resolvió sancionar con multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes -smlmv- a la Sociedad EDATEL S.A. E.S.P., en adelante EDATEL, mediante resoluciones 000111 y 0002772 del 30 de enero de 2015 y del 18 de noviembre de 2015, respectivamente, se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos, confirmando el acto administrativo recurrido.

Normas violadas y concepto de la violación

Expedición irregular de los actos administrativos por vicios en su expedición- violación del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Adujo la parte demandante que los vicios que se encuentran en la expedición de los actos administrativos demandados se fundamentan en lo siguiente:

1. Nulidad por falsa motivación de los actos administrativos

1.1. Nunca hubo interrupciones en la interconexión y la norma permitía que las partes fijaran de mutuo acuerdo el valor correspondiente conforme al artículo 4 de la Resolución CRC 1763 de 2007

Expuso que la Resolución CRC 3534 del 2012 no era aplicable al caso concreto debido a que:

- Para el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y abril de 2008 la controversia de dicho periodo de tiempo finalizó con conciliación definitiva entre ETB y EDATEL SA ESP, aplicando el esquema de cargos en exceso por mejor práctica definitivas en el contrato.
- En cuanto al periodo desarrollado entre mayo de 2008 y diciembre de 2008 la diferencia finalizó mediante conciliación definitiva entre las partes acordando la remuneración por rango de minutos.
- Para el periodo comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2010 la controversia finalizó por conciliación definitiva entre las partes en los términos previstos en el contrato.

- Para el periodo del septiembre de 2010 a diciembre de ese mismo año operó la liquidación y pago unilateral que hiciera ETB con base en el artículo 4 de la Resolución CRT 1763 de 2007, es decir, por minuto real.

- Para el año 2011 se suscribió un acuerdo de minuto real de representantes legales que se hizo retroactivo por querer de las partes, a la espera de que la CRC resolviera el conflicto planteado lo cual se produjo el 20 de mayo de 2012 disponiendo que debía darse aplicación a la Resolución CRC 1763 de 2007.

Agregó que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones utilizó de manera deliberada sus facultades para imponer las sanciones sin considerar:

i) Que la norma privilegiaba el acuerdo directo entre las partes que en este caso existió en varias oportunidades.

ii) No argumentó de manera suficiente las razones por las cuales se impuso una sanción en una cuantía tan alta.

iii) No consideró que no se puede sancionar a EDATEL SA ESP con una norma que no se encontraba vigente en esa controversia como es la Resolución CRC 3535 de 2012.

iv) Sin tener en cuenta que EDATEL cumplió con el régimen de acceso, uso, interconexión, permitiendo el interrumpido tráfico de distancia entrante y saliente desde sus redes de local extendida y los conflictos existentes se resolvieron por acuerdo entre las partes.

Explicó que la empresa demandante no dilató la negociación de cargos de acceso, contrario a ello se propuso a ETB un acuerdo respecto al cual guardó silencio.

Expuso que tampoco se tomó en cuenta que EDATEL no estaba obligada a suministrar de inmediato los valores que se encontraban definidos en el artículo 4 de la Resolución 1763 de 2007 que correspondía a la opción de cargos solicitada por ETB pues debía aguardarse la solución al conflicto planteado por parte de la CRC.

Sobre el particular precisó que el artículo 4 mencionado no obliga a la empresa EDATEL SA ESP a aceptar la remuneración de cargos de acceso propuesta por ETB, esa norma precisa que en caso de acuerdo entre las partes el servicio se remunerará por minuto real determinando que serán aplicables los cargos de acceso local y de transporte contenidos en el artículo 2 de la Resolución 1763 de 2007.

2. Nulidad de los actos administrativos por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa

2.1. Los actos administrativos proferidos por el MinTic, han incurrido en un desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en razón a que han vulnerado el derecho al debido proceso

Argumentó que en el presente caso la norma procesal aplicable para efectuar las notificaciones es el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, no obstante, la entidad realizó la notificación del acto de apertura con fundamento en lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, esto es, por aviso, y no de forma personal lo cual quebrantó el debido proceso de la empresa demandante.

Adicionó que conforme a lo previsto en el artículo 67 mencionado la notificación del auto de apertura de la investigación se realiza a través de una comunicación o citación que se entenderá cumplida al cabo del día décimo siguiente a aquel en que haya sido puesta en el correo. Una vez realizada la comunicación, es decir, culminado el término de diez días el investigado cuenta con otros diez para presentar los descargos.

Inferió de lo anterior que la entidad cercenó el término para presentar los alegatos de conclusión, pues tan solo concedió diez días ello quebrantó el derecho de audiencia y defensa de la empresa demandante.

Agregó que de haber controversia respecto a la norma aplicable debió la administración aplicar el procedimiento más favorable y no el más restrictivo.

Expuso que en caso de existir duda sobre la norma aplicable al caso concreto debió recurrirse a lo establecido en los artículos 27, 28, 30 y 31 del Código Civil.

2.2. El MinTic inaplicó el principio constitucional de favorabilidad, el cual es un imperativo constitucional

Sobre el particular explicó que la violación de este principio se debió a la falta de aplicación en el caso de la notificación del auto de cargos del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, la cual resultaba ser más favorable al administrado.

2.3. Vulneración de la garantía al debido proceso por indebida notificación del acto contentivo del pliego de cargos

En este acápite reiteró que la infracción al debido proceso se produjo por las inconsistencias en la notificación del auto de cargos.

2.4. La tipificación de las normas supuestamente infringidas, no cumplen con el requisito de claridad suficiente para los tipos en blanco, de conformidad con los criterios jurisprudenciales propios de la materia.

Adujo que el cargo formulado con base en el cual se desarrolló la investigación administrativa se fundamentó en el supuesto incumplimiento por parte de EDATEL al numera 7 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por no conceder a la entidad la posibilidad de pagar los cargos por interconexión bajo la modalidad de cargos de acceso máximos previstos en la Resolución CRT 1763 de 2007 pero dentro del proceso no se logró demostrar que la sociedad haya violado el régimen de acceso uso e interconexión de redes de comunicaciones.

Resaltó que dentro de la versión original de la Resolución CRT 1763 de 2007 no se indicaba que si se presentaba una diferencia en la aplicación de los cargos se debía recurrir a lo previsto en el parágrafo del artículo 2 de esa misma norma, puesto que la remisión que se realizaba era para la tasación de los cargos pero su aplicación no era automática.

Agregó que no existe fundamento legal para la aplicación de la Resolución CRC 3534 de 2012 pues no se encontraba vigente, y además, esta no se propuso como norma violada en el pliego de cargos.

3. Nulidad del acto administrativo por infracción de la norma en que debía fundarse, desconocimiento del derecho de los criterios

establecidos en la Ley 1341 de 2009 respecto de la dosimetría de la sanción

3.1. No se realizó una aplicación juiciosa de los criterios de dosimetría establecidos en la Ley 1341 de 2009 al momento de imponer la multa

Expuso que los actos administrativos demandados no responden a los criterios de dosimetría sancionatoria contenidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, pues la misma solo se fundamentó en la reincidencia de la conducta pero no se propuso nada en relación con la gravedad de la falta y el daño producido.

*** Contestación de la demanda**

Manifestó el apoderado de la entidad demandada que el acto de cargos se notificó de acuerdo a lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009.

Agregó que no se produjo irregularidad alguna en relación con la tipificación de la conducta debido a que en materia administrativa se admite la aplicación de los tipos en blanco los cuales no tienen la misma rigurosidad que en materia penal.

Adujo que en el presente caso se efectuó una integración normativa de lo dispuesto en el régimen infraccional de la Ley 1341 de 2009 en su artículo 64-7 considerando las disposiciones regulatorias para el caso del acceso, uso e interconexión por lo tanto su infracción se constituyó en una infracción debidamente tipificada.

En lo relacionado con los criterios de graduación de la multa expuso que la sanción respondió a lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1341

de 2009 en atención a que se fundamentó en la gravedad de la conducta, el daño producido y la reincidencia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto del 06 de septiembre de 2016 se admitió la demanda (fol. 80 y 81 del cuaderno principal), la providencia mencionada se notificó por correo electrónico el 7 de septiembre de 2016 a la entidad demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y a la parte actora (fls. 82 y 83 del cuaderno principal)

El 13 de julio de 2017¹, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que se agotaron las etapas correspondientes, se prescindió de la etapa de alegaciones y juzgamiento y se ordenó la presentación escrita de los alegatos de conclusión.

IV. FIJACIÓN DEL LITIGIO – AUDIENCIA INICIAL

En la audiencia inicial celebrada el 13 de julio de 2017, se fijó el litigio en los siguientes términos:

“...se deberá determinar si las Resoluciones 2874 del 22 de octubre de 2014, 111 del 30 de enero de 2015 y 2772 del 18 de noviembre de ese mismo año, se encuentran viciadas de nulidad o no por la transgresión de las normas de carácter constitucional y legal invocadas por la sociedad actora, para lo cual deberá resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¹ Folios 114 a 120 del cuaderno principal.

"1. Se presentó el vicio de falsa motivación en los actos administrativos demandados en razón a que:

- No se tuvo en cuenta que la Resolución CRC 3534 de 2012 no era aplicable debido a que entre los periodos comprendidos entre diciembre de 2007 y abril de 2008, mayo de 2008 y diciembre de 2010 la controversia presentada entre ETB y Edatel S.A E.S.P se solucionó por acuerdo entre las partes y que la controversia que se desató entre septiembre y diciembre de 2010 se resolvió porque operó la liquidación y pago unilateral con base en el artículo 4 de la Resolución CRT 1743 de 2007.

- Además, en atención a que la Resolución CRC 3534 de 2012 no estaba vigente al momento de los hechos.

- También por cuanto no se tomó en cuenta que Edatel S.A. E.S.P., no estaba obligada a suministrar de inmediato los valores que se encontraban definidos en el artículo 4 de la Resolución 1763 de 2007 que correspondía a la opción de cargos solicitados por ETB pues debía aguardarse la solución al conflicto planteado por parte de la CRC. Además, en atención a que no se observó que no hubo interrupción en la interconexión.

2. Se presentó la nulidad de los actos administrativos demandados por desconocimiento del debido proceso, el derecho de audiencia y de defensa y del principio de favorabilidad por cuanto:

- El pliego de cargos se notificó con fundamento en lo previsto en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 y no con base en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, norma especial.

- El cargo formulado se fundamentó en el supuesto incumplimiento por parte de Edatel S.A. E.S.P al numeral 7 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por no conceder a ETB la posibilidad de pagar los cargos por interconexión bajo la modalidad de cargos de acceso máximos previstos en la Resolución CRT 1763 de 2007, no obstante, dentro del proceso no se logró demostrar que la sociedad haya violado el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de comunicaciones.

- Se quebrantó el principio de favorabilidad debido a que no se aplicó el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009 para la notificación del acto administrativo de apertura de la investigación, sino el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011 la cual contiene un término más restrictivo para la oposición a los cargos propuestos.

3. Se expidieron las resoluciones demandadas con infracción a las normas en que debían fundarse en atención a que no se aplicaron los criterios de dosimetría y proporcionalidad de la sanción”.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 Parte demandante

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio e introdujo un cargo nuevo basado en que la entidad demandada había “perdido por caducidad, su facultad sancionadora”.

Para tales efectos, señaló en síntesis que los recursos de resolución y apelación en contra de la Resolución No 2874 de 2014, fueron interpuestos el día 19 de noviembre de 2014, por lo que la administración tenía hasta el 19 de noviembre de 2015, para decidir

y notificar tales recursos, en virtud de lo estipulado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Que como quiera que la Resolución No 2272 de 2015, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación fue notificada el 8 de enero de 2016, casi dos meses después del vencimiento del año que consagra la norma, resulta evidente que la accionada superó el termino máximo otorgado por la ley para ejercer la facultad sancionatoria –folios 154 a 196-.

5.2 Parte demandada

La entidad demandada insistió en que los actos administrativos acusados tienen como origen una visita técnica idónea, así como una investigación administrativa revestida de todas las garantías constitucionales, por lo que no puede manifestarse que los actos administrativos demandados fueron expedidos de manera irregular o con desconocimiento de los derechos al debido proceso, de audiencia, defensa o contradicción.

Agrega que la infracción reviste especial connotación de gravedad por cuanto se trata del incumplimiento de una obligación impuesta para uno de los aspectos centrales del sector, pues el régimen de interconexión garantiza el derecho de todos los usuarios de comunicarse entre sí y de acceder a las facilidades y servicios de la red sobre los cuales se prestan –folios 197 a 199-.

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el juzgado a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente

derrotero: 1) Control de legalidad; 2) Problema Jurídico; 3) De lo probado en el proceso; 4) Análisis del caso concreto; 5) Excepciones de fondo; 6) Conclusión y 7) Condena en costas.

6.1 ASUNTOS PREVIOS

6.1.1 Control de Legalidad

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por parte de las partes u observarse por el Juzgado vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo.

6.1.2. De los cargos formulados en los alegatos de conclusión

El Juzgado advierte que no se pronunciará sobre el planteamiento hecho por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, mediante el cual invoca la nulidad de los actos acusados argumentando que la Administración superó el término máximo otorgado por la ley para ejercer la facultad sancionatoria. Lo anterior, porque este cargo no fue expuesto en la demanda y en consecuencia, la parte contraria no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre él. De examinar el punto se vulneraría el derecho de defensa de la demandada y se desconocería el principio de justicia rogada que rige la jurisdicción contencioso administrativa.

6.3. TESIS DEL DESPACHO.

El Despacho negará las pretensiones de la demanda en tanto que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados

6.4. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si las Resoluciones 2874 del 22 de octubre de 2014, 111 del 30 de enero de 2015 y 2772 del 18 de noviembre de ese mismo año, se encuentran viciadas de nulidad.

6.5 De lo probado en el proceso

Acorde con el material probatorio obrante en el plenario, se tienen como pruebas relevantes legalmente aportadas al proceso las siguientes:

- Resolución No 0002874 del 22 de octubre de 2014, por medio de la cual se decide una actuación administrativa –folios 66 a 77-.
- Resolución No 0000111 del 30 de enero de 2015 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No 0002874 del 22 de octubre de 2014 –folios 78 a 86.
- Resolución No 0002772 del 30 de 18 de noviembre de 2015 por la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No 0002874 del 22 de octubre de 2014 –folios 88 a 94.
- Auto No 002656 del 13 de diciembre de 2012, a través del cual se abre una investigación disciplinaria y se eleva un pliego de cargos –folios 98 a 106.

- Expediente administrativo remitido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el 18 de febrero de 2017, en 3 cuadernos.

6.6. Análisis del caso concreto

Como se indicó precedentemente, el litigio propuesto ante esta Despacho se circunscribe a determinar si las Resoluciones 2874 del 22 de octubre de 2014, 111 del 30 de enero de 2015 y 2772 del 18 de noviembre de ese mismo año, se encuentran viciadas de nulidad, conforme los argumentos expuestos por la parte actora.

6.6.1. Cargos formulados

6.6.1.1. Nulidad por falsa motivación de los actos administrativos

6.6.1.1.1 Sostiene la parte demandante que nunca hubo interrupciones en la interconexión y la norma permitía que las partes fijaran de mutuo acuerdo el valor correspondiente conforme al artículo 4 de la Resolución CRC 1763 de 2007

Expuso que la Resolución CRC 3534 del 2012 no era aplicable al caso concreto debido a que las controversias presentadas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en adelante ETB y EDATEL S.A. E.S.P., en adelante EDATEL, fueron resueltas por acuerdos entre las partes, cuestión esta que era privilegiada por la norma.

A fin de dar respuesta al cargo formulado, el Despacho trae a colación lo expresado por el Consejo de Estado en torno a los

contratos celebrados entre entidades prestadoras de servicios públicos²:

"El artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994 autoriza la celebración de **contratos especiales**, entre otros, aquellos "...en virtud de los cuales dos o más entidades prestadoras de servicios públicos o éstas con grandes proveedores o usuarios, regulan el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos mediante el pago de remuneración o peaje razonable."

De dicha autorización, es claro que los contratos a que se refieren los demandantes, no son otros que aquellos que la indicada norma califica y autoriza suscribir como "especiales" para regular las condiciones en que se establece el acceso, uso e interconexión de redes entre operadores, del que se derivan estipulaciones que inciden y hacen parte de la naturaleza de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, como quiera que el ordenamiento jurídico dispone el acuerdo previo de las partes como premisa válida para establecer las condiciones en las que se establece la interconexión, éste se sustrae de la capacidad negocial y de la libre voluntad de las partes en los aspectos que el Estado ha sometido a su determinación o a su modificación en cualquier momento de ejecución de la interconexión, en virtud de la garantía de los fines de prestación eficiente y continua del servicio de telecomunicaciones a los usuarios y a la sana competencia entre los operadores.

² Radicado 11001-03-24-000-2002-00194-01. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

De lo anterior resulta que si bien dichos contratos, por mandato legal, se rigen por regla general por el derecho privado³, por mandato expreso del legislador están exceptuados del régimen general de derecho privado en virtud de la intervención del Estado en la economía, especialmente en el campo de los servicios públicos, por lo cual no se genera la inmutabilidad propia de los contratos en el derecho privado.

Por consiguiente, el marco general del régimen de la interconexión forma parte de la ley del contrato, pues corresponde a aspectos que son de la misma naturaleza de este contrato especial, por lo que los contratos que celebran los operadores de los servicios de telecomunicaciones para regular las condiciones de interconexión, en virtud del ordenamiento jurídico, no solo se gobiernan por el derecho privado sino que corresponden en su naturaleza al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios.

En consecuencia, las partes del contrato de interconexión, no solo están ligadas por lo que han pactado, sino por lo que se deriva de la naturaleza de estos contratos especiales, en la medida en que la disponibilidad de las partes contratantes depende no solamente de su voluntad sino de su naturaleza y del marco jurídico del acuerdo, que debe establecer la previa existencia de limitaciones a la capacidad negocial de los contratantes y de eventuales posibilidades de alteración de las condiciones pactadas en los mismos.

Corolario de lo expuesto es que si bien la relación contractual regula derechos y obligaciones particulares de los operadores,

³ Art. 32 parágrafo primero de la Ley 142 de 1994.

que se rigen particularmente por el derecho privado, la interconexión se ha considerado dentro del marco jurídico que rige este tipo de contratos como indispensable en garantía de los principios de **interés general** con efectos directos e inmediatos en la prestación del servicio y en el costo de los usuarios.⁴

No puede perderse de vista que los cargos de acceso y sus modificaciones han sido establecidos por el ente regulador en virtud de las facultades expresamente conferidas por la ley, por lo que ellos no son ni pueden ser el producto de pactos entre particulares, en la medida en que se encuentran sujetos a la intervención del Estado para su fijación o modificación, y en virtud de la ley constituyen un límite a la propiedad privada y la excepción a la libertad contractual y a los derechos adquiridos de que trata el artículo 58 de la Constitución Política, en virtud de la prevalencia del interés general sobre el particular.

(...)

Para finalizar, considera la Sala que los cargos de acceso que se encontraban previstos en los contratos vigentes al momento de expedirse el acto acusado y que habían sido fijados por la CRT en actos anteriores, fueron redefinidos con plena competencia por esa entidad, la que no puede ver mermada ni perder la competencia asignada legalmente para modificar

⁴ En sentencia C-934/13 La Corte Constitucional dijo: "La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, **aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público** y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas." (Se resalta y subraya).

o actualizar los valores que ella había fijado, por la existencia de un contrato entre particulares, puesto que son tales contratos de interconexión los que deben acogerse a las normas que dicte el ente regulador y no el regulador quien encuentre limitada su competencia a los acuerdos entre las empresas" (Negrilla y subrayado del despacho).

Conforme al precedente jurisprudencia en cita, yerra la parte demandante al considerar que la aplicación de la Resolución 1736 de 2007 en lo atinente al cumplimiento de las obligaciones regulatorias en materia de cargos de acceso y uso de redes fijas y móviles correspondía a una decisión propia de los contratantes y por consiguiente requería del acuerdo de voluntades expresado en otro sí al contrato para su aplicación.

Para el Despacho, EDATEL se encontraba en la obligación de adoptar la estructura tarifaria seleccionada por la ETB y en caso de diferencias en su aplicación debió suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso elegida por la mencionada empresa en aplicación del párrafo primero del artículo segundo de la resolución en comento, la cual a tenor literal, señala:

PARÁGRAFO 1º. Los operadores de TPBCLD, TMC, PCS y Trunking podrán elegir libremente, para cada una de las interconexiones, entre las opciones de cargos de acceso a las que hace referencia el presente artículo. La respectiva interconexión será remunerada bajo la opción de cargos de acceso escogida, a partir de la fecha en la que se le informe al operador de TPBCL sobre su elección.

En caso de que se presente un conflicto, el operador de TPBCL debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso elegida, mientras se logra un acuerdo de las partes, o la CRT define los puntos de diferencia.

Así las cosas, resulta evidente que la negativa de EDATEL en aceptar la opción de cargos elegida por ETB se convirtió en un desconocimiento injustificado de la normatividad que gobierna la materia haciendo procedente la intervención del hoy demandado en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, no siendo aceptable los argumentos relativos a la existencia de un arreglo directo entre las partes.

Lo anterior es suficiente para descartar el cargo propuesto, no obstante, conveniente es señalar que el hecho de que EDATEL haya enmendado la situación, no quiere ello decir que la investigación que desencadenó en su sanción no procediera, pues, tal y como se demostró en líneas anteriores las infracciones se cometieron, además no puede perderse de vista que, la sanción tiene un fin conminatorio y preventivo, que busca que las empresas vigiladas se abstengan de realizar ciertas conductas y condenar aquellas situaciones que ponen en riesgo la prestación de los servicios públicos.

6.6.1.1.2. Considera el actor que no se argumentó de manera suficiente las razones por las cuales se impuso una sanción en una cuantía tan alta.

El presente cargo, comparte argumentos con lo planteado en el numeral 3.1. de la demanda denominado *"No se realizó una aplicación juiciosa de los criterios de dosimetría establecidos en la*

Sentencia

Ley 1341 de 2009 al momento de imponer la multa" en el cual se expuso que los actos administrativos demandados no responden a los criterios de dosimetría sancionatoria contenidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, pues la misma solo se fundamentó en la reincidencia de la conducta pero no se propuso nada en relación con la gravedad de la falta y el daño producido, por lo que se resolverán conjuntamente.

Sobre el particular, el Despacho observa que en el acápite denominado **CALIFICACIÓN DE LA FALTA Y CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN A IMPONER**, de la Resolución No 0002874 de 2014, a fin de imponer la multa de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (el máximo es de 2.000 smlmv⁵), se consideró que la falta cometida por EDATEL era grave "por cuanto se trata del incumplimiento de una obligación impuesta para uno de los aspectos centrales del sector, pues el régimen de interconexión garantiza el derecho de todos los usuarios de comunicarse entre sí y de acceder a las facilidades y servicios de la red sobre la cual se prestan, sin distinción del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, permitiendo con ello el acceso eficiente a los servicios públicos de las TIC's, en consonancia con el espíritu de la Ley 1341 de 2009" .

Al ser considerada una falta grave, para el Despacho no resulta desbordada la aplicación de una multa equivalente a cien salarios mínimos, máxime si se tiene en cuenta que el tope máximo se encuentra fijado en 2.000 smlmv, encuentra además justificación en tope plasmado si tomamos en consideración que al ser considerada grave debe ser ejemplar, pues lo que se busca precisamente es que este tipo de irregularidades no se vuelvan a presentar en garantía de los derechos de los usuarios y de la prestación misma del servicio.

⁵ De conformidad con el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el art. 44, Ley 1753 de 2015.

En este orden de ideas, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.

6.6.1.1.3. No consideró que no se puede sancionar a EDATEL SA ESP con una norma que no se encontraba vigente en esa controversia como es la Resolución CRC 3535 de 2012.

Sobre este punto en concreto, baste con señalar que el proceso administrativo adelantado en contra del demandante se originó por la presunta comisión de la infracción descrita en el numeral 7 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, al no haber implementado el cobro de cargos de acceso de conformidad con la Resolución No 1736 de 2007 a favor de la ETB, por lo que el cargo aquí planteado no está llamado a prosperar.

6.6.1.1.4. No se tuvo en cuenta que EDATEL cumplió con el régimen de acceso, uso, interconexión, permitiendo el interrumpido tráfico de distancia entrante y saliente desde sus redes de local extendida y los conflictos existentes se resolvieron por acuerdo entre las partes.

Explicó que la empresa demandante no dilató la negociación de cargos de acceso, contrario a ello se propuso a ETB un acuerdo respecto al cual guardó silencio.

Expuso que tampoco se tomó en cuenta que EDATEL no estaba obligada a suministrar de inmediato los valores que se encontraban definidos en el artículo 4 de la Resolución 1763 de 2007 que correspondía a la opción de cargos solicitada por ETB pues debía aguardarse la solución al conflicto planteado por parte de la CRC.

Sobre el particular precisó que el artículo 4 mencionado no obliga a la empresa EDATEL SA ESP a aceptar la remuneración de cargos de acceso propuesta por ETB, esa norma precisa que en caso de desacuerdo entre las partes el servicio se remunerará por minuto real determinando que serán aplicables los cargos de acceso local y de transporte contenidos en el artículo 2 de la Resolución 1763 de 2007.

Para el Juzgado, las razones esgrimidas en el numeral **6.6.1.1.1** de esta providencia son suficientes para despachar desfavorablemente el cargo propuesto.

6.6.1.2. Nulidad de los actos administrativos por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa

6.6.1.2.1 *Los actos administrativos proferidos por el MinTic, han incurrido en un desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en razón a que han vulnerado el derecho al debido proceso*

Argumentó que en el presente caso la norma procesal aplicable para efectuar las notificaciones es el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, no obstante, la entidad realizó la notificación del acto de apertura con fundamento en lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, esto es, por aviso, y no de forma personal lo cual quebrantó el debido proceso de la empresa demandante.

Adicionó que conforme a lo previsto en el artículo 67 mencionado la notificación del auto de apertura de la investigación se realiza a través de una comunicación o citación que se entenderá cumplida al cabo del día décimo siguiente a aquel en que haya sido puesta en el correo. Una vez realizada la comunicación, es decir, culminado

el término de diez días el investigado cuenta con otros diez para presentar los descargos.

Inferió de lo anterior que la entidad cercenó el término para presentar los alegatos de conclusión, pues tan solo concedió diez días ello quebrantó el derecho de audiencia y defensa de la empresa demandante.

Agregó que de haber controversia respecto a la norma aplicable debió la administración aplicar el procedimiento más favorable y no el más restrictivo.

Expuso que en caso de existir duda sobre la norma aplicable al caso concreto debió recurrirse a lo establecido en los artículos 27, 28, 30 y 31 del Código Civil.

A fin de dar respuesta al presente cargo, debe señalarse que la nulidad derivada de la indebida notificación se considera saneada cuando quien podía alegarla i) no lo hizo oportunamente; ii) la convalida en forma expresa antes de haber sido renovada o anulada la actuación o iii) estando indebidamente representada actúa sin alegarla.

A folio 763 del cuaderno 4 del plenario, se observa que la demandada se pronunció de manera oportuna frente al acto administrativo por medio del cual se dio apertura a la investigación administrativa en su contra, sin proponer causal de nulidad alguna en lo tocante a la forma en que le fuera notificada la misma, siendo ello la oportunidad propicia para plantear los repararos que ahora presenta como causal de anulación de actos administrativos posteriores.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho encuentra acreditado dentro del *sub examine* que el interesado en la nulidad por indebida notificación, con posterioridad a esta había actuado en el proceso administrativo, cuando a través de apoderado, se pronunció frente al auto de apertura⁶ y en el decurso de la actuación, sin alegar irregularidad alguna, proceder con el que sin duda alguna saneó el vicio hoy alegado.

Bajo esa perspectiva, emerge diáfana la inviabilidad de la protección que ahora pretende por parte de este Despacho por no ser este el escenario idóneo para lo propio, postulado que cobija la supuesta irregularidad por el término concedido para alegar de conclusión.

Los anteriores argumentos, son suficientes para despachar desfavorablemente el cargo propuesto, además de los cargos propuestos en los numerales 2.2 y 2.3 de la demanda⁷, sustentados bajo el argumento de una notificación errónea del pliego de cargos y una interpretación equivocada del plazo para presentación de descargos

6.6.1.2.2 *La tipificación de las normas supuestamente infringidas, no cumplen con el requisito de claridad suficiente para los tipos en blanco, de conformidad con los criterios jurisprudenciales propios de la materia.*

Adujo que el cargo formulado con base en el cual se desarrolló la investigación administrativa se fundamentó en el supuesto incumplimiento por parte de EDATEL al numerar 7 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por no conceder a la entidad la posibilidad de pagar los cargos por interconexión bajo la modalidad de cargos de acceso máximos previstos en la Resolución CRT 1763 de 2007 pero

⁶ Folio 763, cuaderno 4.

⁷ Folio 27 del cuaderno principal

dentro del proceso no se logró demostrar que la sociedad haya violado el régimen de acceso uso e interconexión de redes de comunicaciones.

Resaltó que dentro de la versión original de la Resolución CRT 1763 de 2007 no se indicaba que si se presentaba una diferencia en la aplicación de los cargos se debía recurrir a lo previsto en el párrafo del artículo 2 de esa misma norma, puesto que la remisión que se realizaba era para la tasación de los cargos pero su aplicación no era automática.

Considera el Despacho que este cargo fue resuelto en el numeral 6.6.1.1.1 de esta providencia, bastando por reiterar que el párrafo primero del numeral 2 de la Resolución CRT 1763 de 2007, señala con total claridad que en caso de discrepancias el operador estaba en la obligación de suministrar de inmediato la interconexión a los valores que se encuentran en la tabla correspondiente a la opción de cargos de acceso elegida, no tratándose en consecuencia de un "tipo en blanco" como se señala por parte del demandante.

CONDENA EN COSTAS.

En atención a lo señalado por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas será el objetivo y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones se condenará en costas a la parte demandante.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el Despacho fijará por dicho concepto el equivalente al 4% de las pretensiones al tiempo de la presentación de la demanda, teniendo en cuenta lo normado para la materia en los artículos 1, 2,

4 y 5.1 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, SECCIÓN PRIMERA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Fíjense el equivalente al 4% de las pretensiones al tiempo de la presentación de la demanda, por concepto de agencias en derecho a favor del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de conformidad con lo establecido los artículos 1, 2, 4 y 5.1 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LARRY YESID CUESTA PALACIOS
Juez