



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

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-34-002-2016-00377-00
Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir sobre la demanda presentada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P., a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 43085 del 24 de julio de 2012, 41442 del 27 junio de 2014 y 8238 del 25 de febrero de 2016.

Lo anterior, con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante solicitó como pretensión principal que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 43085 del 24 de julio de 2012, 41442 del 27 junio de 2014 y 8238 del 25 de febrero de 2016, proferidas por la Superintendencia de industria y Comercio.

A título de restablecimiento pretende que se ordene la devolución de las sumas pagadas por la empresa demandante como consecuencia de la sanción impuesta.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se conmute la multa por otra sanción administrativa y se devuelva el dinero pagado con ocasión del proceso sancionatorio adelantado (folios 88 y 89 del cuaderno principal).

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes

2. Hechos

Manifiesto que por medio de la Resolución 27162 del 30 de abril de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio inició una actuación administrativa en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P., por la presunta infracción a lo previsto en el artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Agregó que dentro del término legal presentó descargos en contra de la imputación efectuada y en los mismos explicó que las publicaciones por las cuales se abrió la investigación se efectuaron en el mes correspondiente tal como lo establece la norma presuntamente transgredida.

Expuso que por medio de las resoluciones acusadas la entidad demandada impuso una sanción pecuniaria al encontrar probada la configuración de la falta endiligada.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Como fundamento de la demanda se propusieron los siguientes cargos: (i) violación del debido proceso, vulneración del principio de tipicidad, infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación; (ii) infracción al debido proceso por indebida notificación de las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos por ETB; e (iii) infracción de las normas en que debía fundarse el acto que impuso la multa, cuyo concepto de violación se resume en lo siguiente:

- Violación del debido proceso, vulneración del principio de tipicidad, infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación

Adujo que la entidad demandada quebrantó el debido proceso por cuanto en el pliego de cargos se establecieron como normas quebrantadas los numerales 53.1 y 53.2 del artículo 53 de la Resolución 3066 de 2011, relacionados con la calidad en la atención a los usuarios del servicio, pero no se mencionó la presunta vulneración del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, que en forma general trata el tema de las infracciones específicas al ordenamiento de tecnologías de la información y las comunicaciones.

Lo anterior vulnera el debido proceso puesto que la imputación jurídica no fue completa lo que generó que la empresa investigada no conociera específicamente las normas por las cuales iba a ser sancionada. De igual manera, se quebrantó el principio de tipicidad pues no se definió con claridad la imputación jurídica a la que fue sometida la empresa.

Agregó que no se explicaron con claridad y suficiencia los criterios de dosimetría de la sanción contemplados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, pues no se explicaron cada uno de ellos y tampoco se aplicaron los atenuantes previstos en la misma norma.

Adicionó que en el escrito de recursos se le informó a la entidad las dificultades presentadas en el sistema de atención al cliente y la implementación de nuevas estrategias tecnológicas para solucionar el particular. Por lo anterior, consideró quebrantado el debido proceso en atención a que la entidad no valoró las pruebas y argumentos que daban cuenta de las dificultades mencionadas.

- Infracción al debido proceso por indebida notificación de las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos por ETB

Adujo que la entidad incurrió en vulneración al debido proceso y los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, en atención a que notificó indebidamente los actos por medio de los cuales resolvió los recursos en contra del acto sancionatorio.

Así mismo, se presentó la caducidad de la facultad sancionatoria al desbordarse el término de 3 años previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 para imponer la sanción.

- Infracción de las normas en que debía fundarse el acto que impuso la multa

Explicó que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró los criterios de dosimetría de la sanción y tampoco explicó las razones por las cuales consideró que la misma es proporcional a la presunta infracción administrativa que se endilga.

4. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio expuso que los actos administrativos acusados se expidieron sin que mediara causal de

nulidad, pues a través de los mismos se corroboró la infracción al régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones, pues la empresa no demostró haber publicado los indicadores de atención al usuario en su página web.

Agregó que la entidad sí consideró el argumento según el cual la falta de publicación de la información se debió a problemas técnicos, no obstante, ello no implicó un eximente de responsabilidad.

Indicó que en el presente caso no era necesario efectuar una remisión normativa para obtener el tipo sancionatorio, debido a que el artículo 53 de la Resolución 3066 de 2011 es claro al definir la conducta, por esa razón no se considera que sea un tipo sancionatorio en blanco y por los mismos no era procedente remitir al numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Manifestó que del estudio de los actos administrativos acusados se puede concluir que las pruebas aportadas al expediente sí fueron debidamente valoradas por parte de la entidad demandada, luego, este argumento no tiene vocación de prosperar.

Respecto a la presunta caducidad de la facultad sancionatoria, explicó que la actuación administrativa se surtió con fundamento en lo previsto en el Código Contencioso Administrativo en atención a que inició el 12 de abril de 2012, por lo tanto, el término de caducidad debe contabilizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de esa codificación.

Entonces, como la conducta infractora se consolidó el 12 de abril de 2012, el acto sancionatorio debía profetirse y notificarse antes del 12 de abril de 2015, esto ocurrió el 22 de agosto de 2012, por lo que no se incurrió en la caducidad de la facultad sancionatoria.

En lo relacionado con la presunta infracción a lo previsto en los artículos 44 y 45 del Decreto 01 de 1984 explicó que la entidad envió comunicación para notificación el 1 de marzo de 2016 a lo cual procedió la entidad, además, se presentó la solicitud de conciliación dentro del término legal de lo que se infiere que no se presentó violación alguna al debido proceso.

Advertió que la entidad tuvo en cuenta los criterios de dosimetría de la sanción la cual fue proporcional a la falta endiligada por lo que no se presentó infracción al régimen jurídico.

5. Problemas jurídicos a resolver

En la audiencia surtida el 12 de abril de 2018 se fijó el litigio de la siguiente manera:

5.1. *¿Se presentó el vicio de falta de competencia por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo?*

5.2. *¿Incurrió la entidad demandada en desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa por cuanto: i) no tipificó en debida forma la infracción administrativa; ii) no valoró las pruebas y argumentos que daban cuenta de las dificultades presentadas en el sistema y que impidieron publicar en debida forma las condiciones del servicio; y iii) notificó en forma indebida los actos administrativos que resolvieron los recursos interpuestos?*

5.3. *¿Se presentó el vicio de falta de motivación, puesto que la entidad no explicó con suficiencia y claridad los criterios sobre los cuales fundamentó la sanción administrativa?*

6. Actuación Procesal

Mediante auto del 27 de octubre de 2016 el Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, remitió el presente medio de control por competencia a los Juzgados Administrativos de la Sección Primera, y correspondió por reparto a este Despacho (fls. 110 y 111 113 del cuaderno principal del expediente).

La demanda se admitió a través del auto del 17 de febrero de 2017 (fls. 119 y 120 del cuaderno principal del expediente).

El 12 de abril de 2018 se llevó a cabo la **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Dentro de dicha diligencia se estableció que no había vicios ni causales de nulidad que impidieran continuar con el trámite del proceso, así mismo, que no habían excepciones previas que resolver y se fijó el litigio conforme con lo establecido en la demanda.

En el desarrollo de la audiencia además, se decretaron las pruebas solicitadas oportunamente por las partes que reunían los requisitos

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de

1. Competencia

II. CONSIDERACIONES

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y por lo tanto, sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, a resolver previas las siguientes

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

8. Concepto del Ministerio Público

Por conducto de apoderada, solicitó negar las pretensiones de la demanda por cuanto en su concepto, los actos demandados no son contrarios a la Constitución ni a la ley, para sustentar lo anterior emitió sus alegaciones finales en la audiencia inicial reiterando los argumentos de la contestación a la demanda, tal como se encuentra en la grabación del minuto 15:22:03 al 15:36:19.

7.2. Superintendencia de Industria y Comercio

A través de apoderada, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., presentó sus alegaciones finales en las cuales reiteró los argumentos presentados en la demanda tal como se prueba a folio 192 del cuaderno principal, en los minutos 15:16:15 al 15:21:59 (fs. 214 a 216 del cuaderno principal del expediente).

7.1 Parte demandante

7. Alegatos de Conclusión

legales y al no considerarse necesaria la audiencia de alegaciones y de fallo, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, advirtiéndolo el sentido del fallo e informando que las razones de la decisión se emitirían dentro de los diez días siguientes a la diligencia (fs. 183 a 192 del cuaderno principal).

conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2. Los actos acusados

Los actos administrativos cuya nulidad se pretende dentro del presente asunto son las Resoluciones Nos. 43085 del 24 de julio de 2012, 41442 del 27 junio de 2014 y 8238 del 25 de febrero de 2016, por medio de las cuales se impuso una sanción pecuniaria a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P., por presuntamente haber transgredido lo previsto en el artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011 al no publicar las condiciones del servicio en su página web, en el mes de marzo de 2012.

3. Cuestión a resolver

Conforme con lo establecido en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial dentro de este asunto, corresponde al Despacho determinar si los actos demandados se encuentran viciados o no de nulidad, para lo cual deberá establecerse si la parte demandada incurrió en falta de competencia, desconocimiento del derecho de audiencia y falta de motivación.

4. Problemas jurídicos a resolver

Establecido lo anterior, entrará el despacho a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados en la audiencia inicial, conforme con la fijación del litigio así:

¿Se presentó el vicio de falta de competencia por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo?

¹ **Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.** "Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)

3. De la nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes..."

Adujo la parte actora que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción administrativa con infracción de lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y que por lo mismo actuó sin competencia.

Caducidad de la facultad sancionatoria de la administración

Para resolver lo anterior es del caso traer a colación lo establecido en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

"(...) Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de junio del año 2012.

Este Código se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridades a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior (...)"

De la norma transcrita se tiene que cuando se hubieren iniciado actuaciones o procedimientos administrativos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y los mismos no hubiesen concluido, ellos deben seguir siendo tramitados hasta su culminación aplicando la normativa vigente al momento de su inicio que sería el anterior Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, toda vez la actuación administrativa se inició mediante Auto de apertura 27162 del 30 de abril de 2012 (fís. 9 a 11 del cuaderno principal), esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el trámite administrativo debió ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo. En vista de lo anterior, lo relativo a la caducidad de la facultad sancionatoria se decidirá con fundamento en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 el cual, es de 3 años.

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse la interpretación que ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado que definió que la fecha oportuna para decidir si se impone o no una sanción se cuenta a partir del momento en que la administración tiene conocimiento de la conducta reprochable, "pues a partir de ese momento la

administración identifica o tiene conocimiento de la conducta constitutiva de la infracción^{2 3}"

Ahora bien, teniendo en cuenta que la disposición del Código Contencioso Administrativo no era precisa, toda vez que no especifica el momento exacto hasta donde se entiende que se extiende la facultad de la administración para sancionar, la misma Corporación estableció que, "(...) siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado (...)", tal situación no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; razón por la cual, "(...) **lo que debe exigírsele a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (...)**" (sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente 6283, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)" ⁴(Resalta el Despacho).

Así mismo, en lo concerniente a la forma en cómo se contabiliza dicho término, debe precisarse lo relativo al momento en el cual se entiende ejercida la potestad sancionadora, señalando que sobre ese aspecto se suscitaron tres posiciones distintas por el Consejo de Estado, que podrían resumirse así: primera tesis, la facultad sancionadora se manifiesta con la simple expedición del acto; segunda tesis, tal facultad se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio; y tercera tesis, solo cuando se halla en firme la sanción se tiene por ejercida la potestad sancionadora.

Frente a lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 29 de septiembre de 2009⁵ y en providencia del 7 de abril de 2011⁶, acogió la segunda tesis, en el sentido de establecer que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1º de noviembre de 2007, dictada en el expediente N°00803.

En el mismo sentido, sentencia del 31 de julio de 2003, expediente N°00637-01 (7900). M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; en esta oportunidad se dijo que como fecha de ocurrencia de los hechos debe tomarse el "momento en que identificó la falta o tuvo conocimiento de la infracción y no antes".

³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de noviembre 15 de 2007. Expediente No. 2003-0072. Demandante: Luis Díaz Llerena. M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de octubre 20 de 2005. Expediente No. 2001-0314. Demandante: Instituto de Tránsito de Boyacá. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Expediente 2003-00442, CP. Dra. Susana Buitrago Valencia.

⁶ Expediente 2001-00790-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

administrativo principal, decisión que resuelve de fondo la investigación.

El Despacho acogió la posición expuesta por el Consejo de Estado en las providencias antes referidas, en atención a que a través de las mismas se estableció definitivamente la interpretación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, y al tratarse de sentencias de unificación marcan la pauta de aplicación de dicho artículo por parte de los operadores judiciales en aras de garantizar la seguridad jurídica.

De manera que, el juzgado no puede desconocer el carácter vinculante y definitivo de las mismas en relación con el tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración en vigencia del Decreto 01 de 1984, por lo que seguirá la posición adoptada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, esto es, que el término para ejercer la facultad sancionatoria de la administración se suspende con la notificación del acto administrativo principal.

Las razones que sustentan tal aserto se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción, porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que concluye la actuación, sino permitir a la administración que este sea revisado a instancias del administrado y (iii) la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

Se advierte que para contabilizar el término con el que contaba la administración para ejercer la facultad sancionatoria, se debe precisar el hecho que dio origen a la investigación administrativa y la fecha en que la administración conoció del mismo, lo cual en el presente caso se produjo el 24 de abril de 2012, tal como se desprende de la página 4 del archivo nominado 12-69306 del disco compacto que contiene los antecedentes administrativos. En tal fecha se efectuó la inspección a la página web de la empresa demandante y se encontraron inconsistencias en los indicadores de calidad.

Por ende, teniendo como punto de referencia lo anterior, la administración disponía hasta el 26 de abril de 2015 para proferir y notificar el acto administrativo sancionatorio.

En consecuencia, dado que la entidad accionada profirió la Resolución 43085 del 247 de julio de 2012, a través de la cual sancionó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P. y que esta fue notificada por aviso fijado el 8 de agosto de 2012 y desfijado el día 22 del mismo mes y año (pag. 163 archivo nominado 12-69306 del disco compacto que contiene los antecedentes administrativos), se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio, actuó dentro del término establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es decir, que le resolvió la situación a la investigada en un término menor a los 3 años de conocidos los hechos que dieron origen a la investigación.

Lo anterior en aplicación de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado sobre la materia, por medio de la cual se definió que el término de caducidad de la facultad sancionatoria se suspende cuando se profiere y notifica el acto administrativo sancionatorio.

Por tanto, queda demostrado que no ocurrió el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, pues la decisión administrativa se profirió dentro del término que el Código Contencioso Administrativo preveía para tal fin, luego, el cargo no está llamado a prosperar.

2.2. -¿Incurrió la entidad demandada en desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa por cuanto: i) no tipificó en debida forma la infracción administrativa; ii) no valoró las pruebas y argumentos que daban cuenta de las dificultades presentadas en el sistema y que impidieron publicar en debida forma las condiciones del servicio; y iii) notificó en forma indebida los actos administrativos que resolvieron los recursos interpuestos?

En el presente cargo, la parte demandante propone tres argumentos que serán analizados por separado, no sin antes puntualizar que el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución de 1991 es un derecho complejo que contiene una serie de garantías aplicables tanto a los procedimientos judiciales como a los administrativos. La jurisprudencia Constitucional ha definido este derecho como un conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.⁷ Dentro de esas garantías se

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. Expediente D-9566. Fecha 29 de enero de 2014.

encuentra la tipificación de las faltas y las conductas, la valoración de las pruebas y la debida notificación de los actos administrativos.

De esta manera, se advierte que con el debido proceso aplicable en la actuación administrativa, se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones.

Falta de tipificación de la conducta

Expuso la parte demandante que la Superintendencia de Industria y Comercio no tipificó en debida forma la conducta pues no hizo mención en los actos administrativos de la vulneración del artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Para resolver este reparo es necesario precisar que la sanción que se demanda se erigió en lo previsto en el artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011, el cual establece la obligación para los prestadores del servicio de definir las condiciones de calidad en la atención al usuario debiendo definir y desarrollar acciones tendientes al mejoramiento continuo de la calidad de atención al mismo. Para ello se deben establecer indicadores para evaluar permanentemente los procesos de atención y en especial la calidad de la misma a través de los mecanismos obligatorios de atención.

Para cumplir lo anterior, los prestadores de servicios deben medir y publicar en la línea gratuita y las oficinas físicas, los indicadores de calidad contenidos en los numerales 53.1, 53.2 y 53.3 del artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Entonces, lo que pretende la norma es garantizar que el servicio se preste en condiciones que aseguren la calidad en beneficio del usuario y para ello se deben definir tales indicadores y ponerlos en conocimiento del público para éste pueda definir con base en ello si toma o no el servicio ofertado.

Ahora, la sanción procedente para la infracción antes descrita se encuentra contenida en los artículos 64 y 65 de la Ley 1341 de 2009, que contienen el catálogo de sanciones que pueden imponerse en contra de los prestadores de los servicios de telecomunicaciones.

Si bien, en los actos administrativos acusados no se encuentra una remisión expresa a las normas antes mencionadas, se recuerda que el artículo 111 de la Resolución 3066 de 2011 establece que el incumplimiento de lo establecido en esta resolución se considerará una violación al régimen de comunicaciones y acarreará las sanciones contempladas por la ley.

Como las sanciones a las que hace referencia la norma en cuestión por mandato legal se encuentran en la Ley 1341 de 2009 no es necesario hacer la remisión expresa a esa norma, luego, el artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011 no se constituye como una norma en blanco.

Por lo anterior, tanto la conducta como la sanción a imponer se encuentran debidamente definidas en la ley y en los actos acusados, luego, la Superintendencia de Industria y Comercio no incurrió en errores en la tipificación de la conducta y la sanción por lo que este argumento no se encuentra probado.

Falta de valoración de las pruebas y argumentos que daban cuenta de las dificultades presentadas en el sistema y que impidieron publicar en debida forma las condiciones del servicio

Adujo la parte demandante que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró el argumento presentado en los recursos según el cual la información relacionada con los indicadores de calidad no fue puesta en conocimiento dentro del término legal, debido a los cambios tecnológicos que precedieron su implementación, la estabilización y transacción dada a las nuevas aplicaciones.

Se observa a folios 3 a 8 del cuaderno principal la comunicación remitida a la Delegada para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual la ETB SA ESP, puso en conocimiento el cambio de tecnologías aplicadas a la publicación de la información en la página web a partir del mes de abril de 2012. Este oficio tiene fecha del 17 de abril de 2012, pero no se encuentra fecha de radicación del mismo.

De lo anterior se concluye que pese a que la empresa comunicó que se iba a presentar un cambio de tecnologías, ello se efectuó hasta el mes de abril del 2012 y la inspección que arrojó el incumplimiento del artículo 53 de la Resolución CRC 3066 de 2011 data del 26 de abril de ese mismo año. Además, la información que se extraña corresponde al

mes de marzo de 2012, luego, el hecho de que la empresa haya puesto en conocimiento de la entidad las razones de las falencias del sistema no la excusa del incumplimiento por cuanto esa advertencia se produjo después de marzo fecha en la que se presentó la vulneración a la norma.

De manera, que las cuestiones técnicas no pueden ser tomadas en cuenta como un eximente de responsabilidad por parte de la empresa demandante, puesto que, éstas debieron ponerse en conocimiento antes de que se produjeran los errores en el sistema y no tiempo después.

Ahora, en lo relativo a que la entidad no tomó en consideración el argumento esgrimido en los recursos, es importante resaltar que, en la Resolución 41142 de 2014, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, la Superintendencia de Industria y Comercio explicó sobre el particular que la ETB SA ESP no puede excusar el incumplimiento normativo en los errores técnicos debido a que éstos eran previsibles, y además, la información no fue objeto de un adecuado control cuestión atribuible a la parte actora (fl 247 cuaderno principal).

En igual sentido se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio al desatar el recurso de apelación a través de la Resolución 8238 de 2016, pues allí indicó que el objeto de la protección al consumidor de servicios de telecomunicaciones implica que éste pueda efectuar las consultas necesarias en los medios de publicidad definidos por la ley tal como la página web y que el hecho de no encontrarse expuesta dicha información implica una infracción administrativa que no puede ser excusada por los presuntos problemas técnicos, los cuales en todo caso son previsibles.

De manera, que contrario a lo sostenido por la parte demandante la Superintendencia de Industria y Comercio sí explicó con suficiencia las razones por las cuales no tomó en cuenta las pruebas y argumentos relacionados con las fallas técnicas en el sistema, luego, el argumento no se encuentra probado.

Notificación de los actos administrativos que resolvieron los recursos interpuestos

Explicó la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.E.S.P., que los actos administrativos que resolvieron los recursos no fueron notificados de acuerdo con lo previsto en los artículos 44 y 45 del Código

Contencioso Administrativo, lo cual generó violación al debido proceso y en consecuencia la nulidad de los actos demandados.

Para resolver el reparo, es necesario traer a colación los artículos que se estiman quebrantados:

"ARTÍCULO 44. Deber y forma de notificación personal. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará a la notificada copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este código."

"ARTÍCULO 45. Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia."

De lo artículos transcritos se tiene que para el caso de los actos administrativos que ponen fin a la actuación es necesario agotar el trámite de la notificación personal, el cual debe surtirse frente al interesado, su representante o apoderado. Para ello, primero debe enviarse la citación para notificación por correo certificado a la dirección que haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, la constancia del envío se anexará al expediente, se advierte en la norma reseñada que dicho envío deberá hacerse dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto.

De otra parte, si no se logra efectuar la notificación personal al cabo de los 5 días siguientes al envío se fijará edicto por el término de 10 días con inserción de la parte resolutive de la providencia.

En la actuación administrativa se encuentra acreditado lo siguiente:

- El 1º de julio de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio envió la citación para notificación personal de la Resolución 41442 del 27 de junio de 2014 por la cual se resolvió el recurso de reposición y esta fue recibida por la ETB el día 14 de ese mismo mes y año (fl. 22 del cuaderno principal).

- Como la notificación no se surtió de manera personal dentro de los 5 días siguientes al envío de la comunicación la Superintendencia de Industria y Comercio publicó edicto desde el 16 de julio de 2014 hasta el día 29 de ese mismo mes y año, ello tal como se observa a folio 21 del cuaderno principal.

- Respecto a la Resolución 8238 del 25 de febrero de 2016 por la cual se resolvió el recurso de apelación en contra del acto sancionatorio, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio envió la citación para comunicación el 26 de febrero de 2016 a la sede de la ETB y la misma se recibió en dicha empresa el 1º de marzo de ese año. Como no se pudo efectuar la notificación personal dentro del término legal, se fijó aviso desde el 14 de marzo del 2016 hasta el día 30 de ese mismo mes y año.

Adicionalmente, el 12 de julio de 2016 la empresa demandante presentó la solicitud de conciliación prejudicial.

De lo anterior se infiere que la notificación de los actos que resolvieron los recursos se efectuó bajo los parámetros del Código Contencioso Administrativo, luego, el argumento no prospera.

2.3- ¿Se presentó el vicio de falta de motivación, puesto que la entidad no explicó con suficiencia y claridad los criterios sobre los cuales fundamentó la sanción administrativa?

Se tiene que la finalidad de la función de policía administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio con relación a los usuarios de servicios de telecomunicaciones, consiste en el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia del régimen de protección a los usuarios y la garantía de los derechos que les son propios y que se

encuentran contemplados en la Ley 1341 de 2009 y la Resolución N° CRC 3066 de 2011 a través de la imposición de sanciones.

De esa manera, las actuaciones que emprende la Superintendencia de Industria y Comercio para garantizar los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones se surten por un procedimiento administrativo sancionatorio, el cual como lo ha aclarado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸, es el ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, esto es un instrumento que tiene por finalidad el cumplimiento de sus fines, que sirve para garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico por medio de la imposición de una sanción que reprueba y previene la realización de las conductas contrarias al mismo.

Ahora bien, pese a la trascendental importancia del ejercicio de la potestad sancionatoria para proteger al consumidor de servicios de telecomunicaciones, la sanción administrativa debe responder a los postulados que rigen el debido proceso, entre ellos, atender a los criterios de graduación del monto de la misma. Lo anterior fue advertido por el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 9 de diciembre de 2013⁹. En tal oportunidad se precisó que las sanciones administrativas deben responder a los postulados del debido proceso y que una de las manifestaciones de esta prerrogativa consiste en la proporcionalidad y razonabilidad de las mismas, las cuales se prevén con el objeto de evitar decisiones arbitrarias o discrecionales de la autoridad al momento de imponerlas.

Aclarado lo anterior, se tiene que la norma que estipula las sanciones que pueden ser impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio por la infracción al régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones es la Ley 1341 de 2009, tal como lo establece su artículo 73.

Lo anterior implica que a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009, a las empresas de telecomunicaciones no les son aplicables las previsiones de la Ley 142 de 1994 en lo relativo al régimen sancionatorio, sino lo previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009 que sobre el particular consagran:

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-214 de 1994. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CP Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Expediente N° 25000-23-27-000-2006-0046-01. Demandante LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Demandado SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. 9 de diciembre de 2013.

Observa el Despacho que a folios 14 a 19 del cuaderno principal obra la Resolución N° 43085 de 2012, por medio de la cual se impuso la sanción que se demanda, en tal oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio expuso como criterio de dosimetría de la sanción la gravedad de la falta la cual se erigió en la vulneración de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones y la

Sobre la base de lo previamente expuesto se pasa a estudiar el caso concreto.

Se tiene entonces que en virtud de la competencia asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio esta entidad está facultada para imponer sanciones previo desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio cuando los sujetos investigados incurran en alguna falta al régimen de protección al consumidor. Sin perjuicio de lo anterior, las sanciones a imponer deben encontrarse debidamente motivadas pues las mismas se adoptan con base en las facultades de policía administrativa de la entidad las que no son absolutas y deben respetar los postulados del debido proceso.

"ARTÍCULO 66 CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES.
 Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:
 1. La gravedad de la falta.
 2. Daño producido.
 3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
 4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.
 En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados."

Así mismo, al artículo 66 ibídem, que establece:

"ARTÍCULO 65 SANCIONES. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta Ley, con:
 1. Amonestación.
 2. **Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.**
 3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
 4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso."

infracción del régimen de protección a los usuarios. Por lo anterior, se impuso una sanción equivalente a treinta salarios mínimos mensuales vigentes.

De otra parte, en la Resolución 41442 del 2014, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo, la entidad demandada recordó que el monto de la sanción pese a ser una facultad discrecional de la administración debe estar acompañado de una motivación, la cual en este caso se erigió en la gravedad de la conducta la cual lesionó los derechos de los consumidores.

Finalmente, en la Resolución N° 8238 de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación se definió que el monto de la sanción se erigió en la gravedad de la conducta la cual en el escrito de los recursos no fue desvirtuada por la parte demandante, así mismo, que la sola corroboración de la infracción implica el despliegue de una actuación positiva del Estado reflejado en la investigación y posterior sanción.

De lo anterior se infiere que la sanción impuesta responde a los criterios de proporcionalidad y dosimetría de la sanción y a los parámetros previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009.

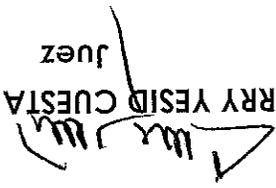
Adicionalmente, la empresa demandante no logró demostrar que la sanción impuesta no se adecuaba a los hechos que le sirvieron de causa por medio de las pruebas idóneas, necesarias y suficientes, no señaló en qué consistió el error de la administración y tampoco cual sanción debía aplicarse, por lo que se entiende que la misma es proporcional y adecuada a la conducta que lesionó los derechos de los consumidores de los servicios de telecomunicaciones al no encontrar publicada la información respecto a las condiciones del servicio.

Por lo expuesto, el cargo no está probado.

En vista de lo anterior, los cargos de la demanda no se encuentran probados.

4.- CONDENACION 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


 LARRY YESID CUESTA PALACIOS
 Juez

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

CUARTO.- Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

TERCERO.- Fíjase 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.

SEGUNDO.- Condénase en costas a la parte vencida, las cuales deberán ser liquidadas por Secretaría.

PRIMERO.- Deniéganse las pretensiones de la demanda por lo expuesto.

FALLA

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

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.

la sentencia es desfavorable a las pretensiones se condenará en costas a la parte demandante.