



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N°2018-05-074-NYRD

Bogotá, D.C., tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 11-001-3334-001-2016-00135-01
DEMANDANTE: UNE EPM TELECOMUNICACIONES
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
TERCERO CON INTERÉS: DIEGO ROJAS SÁNCHEZ
TEMA: SANCIÓN ADMINISTRATIVA POR VULNERACIÓN A DERECHO DE PETICIÓN Y OPERANCIA DE SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN FAVOR DEL USUARIO DE TELECOMUNICACIONES - DOSIMETRIA SANCIONATORIA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
ASUNTO: Sentencia de Segunda Instancia: Revoca fallo del a quo.

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a resolver el Recurso de Apelación interpuesto por la apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio, contra la sentencia del 25 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A.

Para lo cual es menester señalar que en los términos de que trata el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011 no se observa causal alguna que afecte la validez del trámite surtido en esta instancia.

I ANTECEDENTES:

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 31 C1).

La Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A. en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones de la demanda, la declaratoria de nulidad de las resoluciones N° 59335 del 30 de septiembre de 2014; 65433 del 22 de

septiembre de 2015 y 83905 del 27 de octubre de 2015; resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y por medio de las cuales se impone una sanción a la Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A.

Como consecuencia, solicitó a título de **restablecimiento del derecho** que (i) se declare que la Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A. no estaba obligada a pagar ninguna suma de dinero por concepto de sanción impuesta por la SIC.; (ii) se condene a la SIC al reintegro a favor de la Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones de la suma equivalente a **SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$63'448.000.00)** y su ajuste respectivo y rendimientos económicos; (iii) se imponga condena en costas a la parte demandada.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda se resumen en que:

- a) La Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, mediante la Resolución No. 46046 del 31 de julio de 2013, dio apertura a una investigación administrativa mediante la formulación de cargos en contra de la Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A., con ocasión a una queja presentada por el usuario Diego Rojas Sánchez, en la que manifiesta que la Empresa no atendió oportuna ni adecuadamente una petición por é radicada el 19 de febrero de 2013.
- b) La SIC mediante la Resolución No. 46046 del 31 de julio de 2013 formuló como único cargo, el consistente en la presunta trasgresión del artículo 54 y N°12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, al llamar la atención sobre la presunta omisión de la Sociedad de brindar una respuesta oportuna, adecuada y de fondo a una petición radicada por un usuario de telecomunicaciones.
- c) Mediante escrito con fecha del 27 de agosto de 2013 UNE EPM Telecomunicaciones S.A. presentó sus descargos acreditando la solución definitiva a las pretensiones contenidas en la petición del usuario. Es decir, sustentó su defensa en el reconocimiento de la favorabilidad del usuario, y allegó como soporte el desistimiento de la queja por parte de este.
- d) Mediante la Resolución No.59335 del 30 de septiembre de 2014 la SIC impone una multa a UNE EPM Telecomunicaciones S.A. por la suma de **SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$66'528.000.00)** equivalentes a 108 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- e) La Sociedad UNE EPM Telecomunicaciones S.A. el 11 de noviembre de 2014, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 59335 del 30 de septiembre de 2014 proferida por la SIC.
- f) La SIC resuelve el recurso de reposición mediante la Resolución No. 65433 del 22 de septiembre de 2015, confirmando en todas sus partes la resolución que impone la sanción.
- g) Mediante la Resolución No. 83905 del 27 de octubre de 2015, la SIC resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 59335 del 30 de septiembre de 2014, modificando el artículo primero, en el sentido de disminuir la sanción a la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$63'448.000.00)** equivalentes a 103 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La precitada resolución, fue notificada mediante aviso, el día 19 de noviembre de 2015.

h) El 2 de diciembre de 2015, UNE EPM pagó la sanción.

En ese contexto, considera que se han violado las disposiciones normativas contenidas en los artículos 137 de la Ley 1437 de 2011; 6, 29 y 95 de la Constitución Política; 66 de Ley 1341 de 2009, toda vez que los actos administrativos demandados fueron expedidos con:

i) **Violación del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.**

El legislador ha establecido unas causales por las cuales pueden ser anuladas las manifestaciones de voluntad de la administración, entre dichas causales se encuentra la falsa motivación, la cual ha sido definida por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, como un vicio de ilegalidad del acto administrativo, que *“puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho”*.

En este sentido, las resoluciones demandadas, se encuentran incursas, en una falsa motivación y una desviación de poder, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio pretende, mediante los actos administrativos demandados, imponer una sanción, fundamentándose en criterios arbitrarios e incongruentes entre la motivación de los actos y su parte resolutive.

ii) **Nulidad por desviación de poder de los actos demandados al no dar aplicación al artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, al momento de imponer la sanción - dosimetría de la sanción.**

Considera necesario, en primer lugar, hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, el cual dispone los criterios para definir las sanciones en tratándose de investigaciones administrativas.

Y en ese orden de ideas, establece que es evidente que los actos administrativos demandados, han incurrido en una notoria desviación de poder, toda vez que al no dar aplicación a lo dispuesto en el precitado artículo 66, la sanción impuesta carece de motivación y desborda la finalidad prevista en la Ley.

Expone *in extenso* el apoderado judicial de la parte actora que:

“De la lectura de los actos acusados, solo podemos deducir que es el capricho y no un trabajo serio de dosimetría lo que llevó a la Superintendencia de Industria y Comercio a imponer a mi representada, la multa que ahora demandamos.

(...) en este caso (...) observamos muy claramente una evidente extralimitación en el ejercicio de la función sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo que se evidencia una muy clara violación a la Carta de Colombia”

Así las cosas, señala que sin la existencia de una norma previa que en forma clara describa los deberes, las faltas, las sanciones y los procedimientos para imponerlas, no cabría plantearse la existencia de responsabilidad y de responsables. Lo anterior por cuando nuestro Estado Social también es un Estado de Derecho, y es el derecho el que además de indicar la estructura y las competencias dentro de ese Estado, determina las conductas o abstenciones que generan responsabilidad y los mecanismos (procesos y procedimientos, recursos y demás garantías) para deducirla.

El artículo 6 de la Constitución Colombiana muestra la diferencia de responsabilidad de los particulares frente a la que se le atribuye a los servidores públicos. En los primeros, se contrae a incurrir en prohibiciones, a desconocer lo dispuesto en la Carta Superior o en las leyes, mientras que los segundos quedan sujetos a los deberes, es decir a no omitir su cabal cumplimiento, a no incurrir en incompatibilidades, inhabilidades, conflictos de intereses y también a no abusar o excederse en el ejercicio de sus facultades. Lo común en uno y otro caso es la vigencia de principios como los de legalidad, tipicidad, favorabilidad, debido proceso.

Por otra parte, es necesario precisar que la Constitución Política en su artículo 95 en su numeral 1 contempla la prohibición de abusar de los derechos, situación que en el caso bajo estudio se magnifica si se tiene en cuenta que tal abuso proviene de un funcionario público, del poder de policía administrativa del Estado.

En ese orden de ideas, manifiesta que los actos administrativos demandados, fueron proferidos mediante desviación de poder y con evidente abuso del derecho, en razón de que la SIC, de manera abusiva, impone a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., una multa equivalente a (103) SMMLV.

Adicionalmente precisa que la SIC, a través de la Resolución que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución sanción, decide en su artículo 1 rebajar la multa en una cifra ínfima, esto es, de 108 a 103 SMLMV.

Y concluye su fundamentación del cargo de nulidad, indicando que:

- El acaecimiento del silencio administrativo positivo, no puede ser un argumento inquebrantable por parte del órgano de vigilancia y control, a la hora de imponer sanciones a las empresas, máxime cuando en el caso concreto se otorgó plena favorabilidad a las pretensiones del usuario.
- Está probado lo sustancial y es la satisfacción de los intereses del usuario y por ello, lo accesorio no puede llevar a la SIC a imponer a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., una multa exagerada, desproporcionada e injusta a todas luces.
- Es notorio que la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó de manera deliberada y exagerada sus potestades de policía administrativa y su facultad sancionatoria, para imponer una multa equivalente a (103) SMMLV, sin argumentar de manera alguna, las razones por las cuales impuso dicha sanción en tan alta cuantía.

- La SIC a través de los actos administrativos demandados, vulneró lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, para imponer una sanción arbitraria y abusiva a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., vulnerando la finalidad de la ley mencionada.

- Se evidencia una arbitrariedad por parte de la SIC para la imposición de la sanción, en la medida que no explicó las razones por las cuales aumenta de manera considerable y desproporcional el valor de las multas a la sancionada en consideración a que 16 días antes de la expedición de las Resoluciones objeto de debate, fue proferida la Resolución N°81439 del 13 de octubre de 2015, en la que por causas y hechos similares se impuso sanción a UNE por sólo 41 SMLMV. Luego entonces no se comprende por qué en los actos administrativos cuya legalidad se controvierte en el *sub lite*, se hace mención a una sanción de 103 SMLMV.

iii) Dosimetría de la sanción.

El apoderado judicial del extremo actor, sustenta este cargo en que la Superintendencia de Industria y Comercio, a la hora de imponer una sanción, debió previamente analizar que el monto y el impacto de la misma no resultaran violatorios de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo anterior, habida consideración que las facultades sancionatorias asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio deben ser ejercidas con total responsabilidad y dentro del marco de la Constitución Política y la Ley, y que la graduación de las multas impuestas debe obedecer a criterios objetivos, pues su uso desproporcionado convierte las sanciones en actos arbitrarios y por ende, contrarios al ordenamiento jurídico.

Se indica en la demanda expresamente que:

"(...) los actos administrativos demandados no desarrollan de modo alguno un estudio juicioso y serio de los elementos que permiten graduar las sanciones económicas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que permite concluir que la sanción impuesta se basa solamente en razones caprichosas de la autoridad mencionada.

En el presente asunto, es evidente que no existe ninguna clase de daño causado a los usuarios de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

(...) UNE EPM TELECOMUNICACIONES no ha persistido en la conducta que supuestamente vulneró la Ley, y mucho menos se demuestra una reincidencia sobre la conducta referida, por lo que lógicamente, estos criterios debieron ser objeto de estudio por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de graduar o calificar la sanción que se impuso a través de los actos administrativos objeto de debate a través de la presente demanda.

La SIC justificó el monto de la desproporcionada sanción impuesta por violación de las normas, en la existencia de las normas mismas y en la inobservancia de los supuestos de hecho que allí se contienen, sin que haya ninguna explicación o desarrollo objetivo que permita comprender cuál fue el análisis efectuado por la Superintendencia para graduar la multa. De ninguna manera se está explicando cuál es la naturaleza de la falta y por qué alcanza tan alto nivel de gravedad.

En suma, señala que en el caso concreto resulta evidente que la SIC no realizó un juicio de adecuación de la sanción.

1.2. Contestación de la Demanda (Fls. 184 a 196 C1)

Preliminarmente, ha de indicarse que mediante el auto admisorio de la demanda, se ordenó la vinculación al proceso como tercero con interés, al señor Diego Rojas Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.368.476 (Fl. 73 C1). Empero, en el término de traslado de la demanda, el mismo guardó silencio.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio presentó contestación a la demanda, mediante escrito radicado el 15 de septiembre de 2016, en el que reconoció la veracidad de los hechos de la demanda, excepto el que tiene que ver con la notificación de la Resolución que resolvió el recurso de apelación, y manifestó su oposición a las pretensiones, indicando que:

Las resoluciones acusadas señalan de manera efectiva y puntual las disposiciones transgredidas, la conducta perpetuada por UNE EPM Telecomunicaciones y las consecuencias legales del incumplimiento, por lo que la accionante no puede alegar que los actos administrativos carecen de motivación. Los motivos en que se funda el acto sancionador son ciertos, claros, puntuales, suficientes y corroborados de acuerdo al material probatorio, de igual forma la expedición del acto se dio preservando el principio de legalidad y debido proceso sin arbitrariedades ni abusos.

Así mismo que los motivos que fundan los actos administrativos son ciertos, claros y puntuales, además de encontrarse debidamente soportados en el acervo probatorio de la investigación administrativa, por lo que existe relación de causalidad entre el supuesto de hecho, las pruebas y el derecho aplicado.

Frente a la nulidad por desviación de poder de los actos administrativos al momento de imponer la sanción - dosimetría que alude la demandante, la SIC indica que la imposición de la sanción obedeció a la gravedad de la falta, daño producido, reincidencia en la comisión de los hechos, y la proporcionalidad entre la falta y la sanción, de conformidad con los señalado en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Resalta que tal y como se expuso en la Resolución 59335 del 30 de septiembre de 2014, para la imposición de una sanción por una conducta violatoria del régimen de protección de usuarios de comunicaciones, no es necesario que se encuentren configurados todos los criterios previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009. Al respecto, aclara que una interpretación en sentido contrario tornaría inocuo el régimen de protección de los usuarios de las comunicaciones, toda vez que implicaría asumir por ejemplo que por ausencia del elemento de reincidencia, no pudiese sancionarse una falta que se comete por primera vez.

Con todo, agrega que la investigada ha sido reincidente en su conducta, que tiene que ver con desconocer el derecho con el que cuentan los usuarios a

que sus peticiones sean resueltas de forma adecuada y oportuna, razón por la cual fue necesario imponer la sanción, la cual permite dimensionar la gravedad de la conducta y un reproche frente a la reiterada vulneración del régimen de protección de los usuarios de servicios de comunicaciones por vía de la trasgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

Frente a la dosimetría sancionatoria, manifiesta que de acuerdo al material probatorio se evidencia que efectivamente se trasgredió el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que se echa de menos la respuesta oportuna y adecuada para la petición presentada por el usuario de telecomunicaciones, el 19 de febrero de 2013, radicada bajo el CUN No. 1-4309704033; situación por la cual resultó necesario imponer la sanción al proveedor del servicio de comunicación acorde con los hechos y pruebas relacionadas.

Al respecto, llama la atención sobre los descargos presentados por UNE en el proceso administrativo sancionador, toda vez que en ellos no esgrimió justificación alguna para exonerarse de la responsabilidad que le acarrea el no contestar la petición radicada por un usuario de telecomunicaciones. Por el contrario, se limitó a indicar que ya había reconocido la favorabilidad del peticionario y allegó el desistimiento formulado por el mismo.

Adicionalmente advierte que: i) la reincidencia de la conducta en la que incurre la Empresa, ha sido incluso reconocida en esta demanda, cuando el demandante precisó que “16 días antes de la imposición de esta sanción, había sido sancionado con otra Resolución de la SIC, por hechos análogos pero con una multa de tan sólo 41 SMLMV”; ii) la sanción impuesta en los actos administrativos cuya legalidad se controvierte (103 SMLMV) no desborda el rango máximo permitido por el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009; iii) el desistimiento de la queja por parte del usuario de telecomunicaciones no impide a la autoridad administrativa continuar con la investigación e imponer sanción, toda vez que con este tipo de actuaciones se busca no sólo proteger el derecho particular del usuario, sino también propender por la vigencia del régimen de protección al usuario. Con todo, la SIC, sí valoró el escrito de desistimiento, tan es así que se abstuvo de imponer órdenes administrativas a la empresa.

Por último, manifiesta que aunque el cargo de violación al debido proceso no fue desarrollado por el accionante, en aras de hacer un eficaz ejercicio del derecho de defensa, se pronunciará en torno al mismo, a fin de concluir sobre su no vulneración, bajo el entendido que se surtieron todas las etapas de la investigación administrativa que concluyeron con la imposición de la sanción, y que:

“En atención a la transcrita norma de carácter constitucional y frente al caso en estudio, tenemos que:

Acto que se imputa: Claramente y como se ha dicho a lo largo de esta contestación, el hecho que se le imputó a la demandante dentro del proceso adelantado por la Dirección de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, fue la violación de lo señalado en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

Leyes Aplicables al caso en estudio: Se reitera que las decisiones tomadas

dentro de la investigación administrativa N°13-157292 fueron en atención a las facultades legales señaladas conferidas por el Decreto 4886 del 2011 y la Ley 1341 de 2009.

Juez o Tribunal Competente: *La Superintendencia de Industria y Comercio - Dirección de Protección de Usuario del Servicio de Comunicaciones, para conocer de los hechos suscitados en la señalada investigación administrativa. Lo anterior, en atención a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011.*

Formalidades de cada juicio: *Para los efectos de llevar a cabo la señalada investigación administrativa e imponer la respectiva sanción, se acogieron las disposiciones respectivas señaladas en el CPACA”.*

1.3. Alegatos de Conclusión e intervención del Ministerio Público en Primera Instancia (Fls. 211 a 213 C1).

El Juez de Primera Instancia en el marco de la audiencia inicial y en ejercicio de la facultad que le otorga el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, prescindió de la segunda etapa del proceso contencioso administrativo, esto es, la audiencia de pruebas, y corrió traslado a las partes e intervinientes para formular sus alegatos de conclusión, quienes manifestaron:

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda, sobretodo en lo que tiene que ver con los vicios de nulidad por falsa motivación e infracción de las normas en las que debía fundarse la SIC al momento de expedir los actos administrativos objeto de nulidad y la proporcionalidad de la sanción.

La parte demandada, a su vez, solicitó valorar los señalamientos efectuados en el escrito de contestación a la demanda, e insistió en que los motivos en que se fundamenta el acto administrativo que impone la sanción son ciertos, claros, puntuales y suficientes, encontrándose debidamente soportados con el material probatorio y razones de hecho y de derecho, preservando el principio de legalidad y desde luego sin ser arbitrario o abusivo, no existiendo entonces vulneración al debido proceso. Además que la graduación de la sanción se encuentra ajustada a derecho teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la reincidencia cometida por la demandante.

1.4. Fallo Impugnado de Primera Instancia (Fls. 223 a 234 Vlt. C1).

La sentencia proferida el 25 de agosto de 2017 por la Juez de primera instancia, accedió a las pretensiones de la demanda, tras considerar, entre otros aspectos, que con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales que pudieren resultar afectados en el *sub lite* (puntualmente el de debido proceso), y pese a que no fue ventilado ni propuesto por las partes en el curso del proceso el cargo de nulidad por vulneración del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 y ocurrencia del fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria frente a los recursos presentados por UNE EPM Telecomunicaciones contra las resoluciones sancionatoria y confirmatoria expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, al encontrarse el mismo acreditado, deberá declararse su prosperidad de manera oficiosa, previa aplicación del principio de flexibilización de la justicia rogada en sede

contencioso administrativa.

Expone el a quo in extenso que:

"(...) en observancia de la figura de la flexibilización del principio de la justicia rogada, desarrollada en la jurisprudencia constitucional, el Despacho considera que en el presente asunto, pese a que no fue señalado por la parte demandante, de manera expresa en el acápite de fundamentos de derecho y concepto de violación, cargo alguno que hiciera alusión a la configuración de la caducidad de la facultad sancionatoria contemplada en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.A.C.A., se considera que el desconocimiento de dicha norma por parte de la entidad demandada vulnera flagrantemente el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual ha sido catalogado como derecho fundamental de aplicación inmediata que debe ser observado por todas las autoridades administrativas (...)

*En consecuencia, dado que la entidad accionada profirió la Resolución No. 83905 del veintisiete (27) de octubre de dos mil quince (2015) (folios 57 a 66 del cuaderno principal del expediente judicial), a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución sancionatoria y que ésta fue notificada por Aviso No. 30950 a UNE EPEM TELECOMUNICACIONES S.A., tal como se encuentra a folio 56 del cuaderno principal del expediente, con constancia de recibido con sello del operador, hasta apenas el **19 de noviembre de 2015**, no cabe duda que la autoridad notificó la última decisión sobre los recursos, por fuera del plazo establecido en el pluricitado artículo 52 del CPACA.*

(...) Por tanto, queda demostrado que operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración frente a los recursos, pues la decisión administrativa se profirió por fuera del término que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A., violando con ello el derecho fundamental del debido proceso de la sociedad actora, al desconocer las normas que rigen el procedimiento y el ejercicio de sus facultades sancionatorias.

Ante la configuración del vicio de nulidad de violación, al debido proceso, contemplado en el consagrado artículo 29 de Constitución Política como derecho fundamental de aplicación inmediata, en el presente asunto, queda el Despacho relevado de estudiar los demás problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio, sin que sea necesario realizar estudio o pronunciamiento sobre los demás motivos de inconformidad formulados en el escrito de demanda".

En ese orden de ideas accede a las pretensiones de la demanda y ordena a la Superintendencia de Industria y Comercio devolver a la empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$63'448.000) equivalentes a 103 SMLMV por concepto de sanción impuesta a la sociedad accionante.

1.5. Recurso de Apelación Interpuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 240 a 251 C1)

La apoderada judicial de la entidad demandada presentó oportunamente el Recurso de Apelación, indicando que con la sentencia de primera instancia se viola el derecho de defensa y debido proceso de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que el a quo se extralimitó en los poderes que le han sido asignados por la Constitución y la Ley, toda vez que: i) desconoce

que los cargos de la demanda se circunscribían a la falsa motivación, desviación de poder y dosimetría de la sanción, más no se contraían al debate de ilegalidad por vulneración del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, ni discutían la pérdida de competencia de la autoridad administrativa en la resolución de los recursos contra los actos sancionatorios; ii) el Juez de primera instancia, en la audiencia inicial, fijó el litigio en torno a los cargos de nulidad propuestos por el demandante y los argumentos de defensa esgrimidos por la SIC; más no refirió que efectuaría el análisis oficioso de un cargo que consideraba atentatorio del debido proceso, y en esa medida, vulneró el derecho de contradicción de los sujetos procesales, en tanto se guardó esta decisión hasta el final, para fundamentar su sentencia en torno a la misma; iii) indudablemente hubo una decisión extrapetita del Juez; iv) se produjo un desvalor a la igualdad con la que la administración de justicia debía observar a ambos extremos del litigio, perjudicando con ello los intereses de la parte pasiva.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto del veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete (2017) se admitió el recurso de apelación presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio contra la Sentencia del 25 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (Fls. 4 a 6 C2).

El 11 de diciembre de 2017¹ se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión al considerarse innecesaria la audiencia de que trata el numeral 4 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Fls. 10 y 11 C2).

La parte actora presentó oportunamente sus alegatos (Fls. 13 a 41 C2), y el Ministerio Público rindió concepto final (Fls. 42 a 51 C2). El 6 de febrero de 2018 ingresó el proceso a Despacho para fallo (Fl.52 C2).

2.1 Alegatos de Conclusión en Segunda Instancia:

La Parte Demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto los actos administrativos que resolvieron los recursos contra la decisión sancionatoria, si fueron proferidos por fuera del término previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, y que en esa medida, le asistía razón al *a quo* en la declaratoria oficiosa del cargo de nulidad, por atentar directamente contra el derecho al debido proceso.

De otra parte reitera que los actos administrativos proferidos por la SIC, no observaron las prescripciones del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, al respecto aclara que: i) si bien es cierto que no deben configurarse todos los criterios, previa la adopción de la decisión sancionatoria, también lo es que los mismos sí deben ser analizados en las resoluciones a fin de sopesar en el caso concreto los efectos de la trasgresión, y que; ii) no hay proporcionalidad entre la falta y la sanción, en tanto no se valoran las circunstancias favorables a UNE (favorabilidad reconocida por la empresa al usuario y el

¹ Notificado por Estado el 24 de enero de 2018.

Expediente: 11-001-3334-001-2016-00135-01
Demandante: UNE EPM Telecomunicaciones SA
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

desistimiento de la queja), por lo que habrá de concluirse que la sanción es arbitraria y fue expedida con extralimitación de la función sancionatoria, máxime por cuanto no se indicaron las fórmulas matemáticas o lógicas en virtud de las cuales se fijó una multa de 103 SMLMV, y no otra.

La Parte Demandada no efectuó pronunciamiento en esta etapa procesal.

Y por último, el **Ministerio Público**, solicita confirmar la decisión habida consideración que es evidente la vulneración del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 y que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, citada por la misma Juez de Primera Instancia, le asistía razón en el abordaje de manera oficiosa del referido cargo de nulidad por encontrarse en juego el derecho fundamental al debido proceso.

Para resolver, la Sala efectúa las siguientes,

III CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

En virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de apelación presentado, en atención a que *“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos...”*, como quiera que en el presente caso se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, circunscrito al Distrito Judicial Administrativo de Cundinamarca que dirige este Tribunal.

Igualmente, en atención al factor territorial establecido, resulta ser competente esta Judicatura, considerando que se trata de un Juzgado del Circuito de Bogotá, que pertenece a este Distrito Judicial.

3.2 Legitimación para recurrir.

La parte demandada se encuentra legitimada para recurrir en la presente actuación, por cuanto la decisión emitida en primera instancia resultó adversa a sus intereses², al acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda (Fls. 223 a 234 C1).

Por último, se precisa que el presente trámite del recurso de apelación, en donde se trata de un *apelante único*, conmina a que el pronunciamiento de la segunda instancia sea exclusivamente sobre lo que es materia de impugnación, tal y como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de la remisión expresa contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, por lo que las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez de segunda instancia a esos argumentos concretamente y por tanto, no puede esta Judicatura manifestarse frente a los pronunciamientos que no fueron objeto de impugnación.

² Artículo 320 del Código General del Proceso.

3.3. Planteamiento del Problema Jurídico.

A partir del recurso y los particularidades del caso, compete a la Sala, determinar si ¿le estaba permitido o no a la Juez de Primera Instancia declarar de oficio, la ocurrencia del cargo de nulidad por caducidad y pérdida de competencia de la facultad sancionatoria de la SIC, dada la posible afectación al debido proceso, y en el marco de la figura de flexibilización del principio de justicia rogada?.

Adicionalmente, bajo el entendido que el análisis de la primera instancia se agotó en la declaratoria del referido cargo oficioso, en el evento de revocarse la decisión del *a quo*, la Sala se verá conminada al análisis de los demás cargos formulados por el accionante, esto es, deberá determinar si los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco del proceso administrativo sancionador que adelantó contra la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., bajo el radicado N°13-157292 (Resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, N°65433 del 22 de septiembre de 2015 y N°83905 del 27 de octubre de 2015), se encuentran o no viciados de nulidad por haber sido proferidos mediante falsa motivación, con desviación de poder, así como con violación del principio de proporcionalidad y dosimetría sancionatoria?.

Así mismo, en desarrollo del precitado problema se deben abordar las siguientes cuestiones puntuales: i) La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación y desviación de poder al sancionar a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., toda vez que no tuvo en cuenta que el proveedor del servicio sí reconoció al señor Diego Rojas Sánchez, la favorabilidad respecto de la petición radicada el 19 de febrero de 2013, y que el usuario desistió oportunamente de la queja, en tanto entendió resarcido su derecho?; ii) Impuso la Superintendencia de Industria y Comercio a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., multa equivalente a 103 SMLMV sin tener en cuenta los criterios de dosimetría y proporcionalidad de la sanción?

En este contexto se determinará entonces, si la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá debe ser confirmada, modificada o revocada.

3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

La Sala *prima facie* advierte que no existe disenso entre las partes en lo que concierne a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue tramitado por la Superintendencia de Industria y Comercio, el proceso administrativo sancionatorio N°13-157292 contra la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A.(Fls. 33 a 69 y 86 a 183 C1). Esto es, que:

i) La investigación inició con queja que fuere radicada el 25 de junio de 2013, por el señor Diego Rojas Sánchez, por presuntas irregularidades de la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., quien al parecer no había dado respuesta a la petición radicada por el usuario el 19 de febrero de 2013, relacionada

con ajustes en la facturación y retiro del servicio de internet (Fls. 87 a 92 C1).

ii) En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución N°46046 del 31 de julio de 2013 realizó apertura de la investigación en contra de la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. a fin de establecer si operó el silencio administrativo positivo a favor del usuario y si existe transgresión del artículo 54 y N°12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009. (Fls. 93 a 95 C1).

iii) El 26 de agosto de 2013, por conducto del Director de Servicios de la Empresa UNE, el señor Diego Rojas Sánchez, presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio memorial a través del cual desistió de la queja formulada y solicitó el archivo de la investigación contra UNE EPM S.A. (Fls. 101 a 115 C1).

El referido escrito es del siguiente tenor literal:

“De acuerdo con la explicación recibida por la Dirección Servicios Hogares y Personas de UNE EPM Telecomunicaciones S.A. y teniendo en cuenta que los valores facturados en los contratos 11181123 por \$116.740 correspondiente a recuperación de equipos y contrato 10550091 por \$74.090 por concepto de cargo fijo, han sido rebajados, quedando las facturas en cero (0) y sin saldos pendientes y que el servicio de internet que figuraba a mi nombre (...) fue retirado definitivamente mediante el número de pedido 87265546, y no se cobrará cláusula de permanencia por el incumplimiento presentado con el traslado solicitado y que no ha sido reportado por UNE a las centrales de riesgo, y de esta forma fue solucionada la petición que generó mi denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, me permito informar que acepto la explicación recibida y declaro quedar satisfecho con la misma.

Por lo anterior, manifiesto mi decisión voluntaria de desistir de la denuncia radicada ante la SIC y por lo tanto, les solicito archivar la investigación administrativa abierta ante UNE EPM Telecomunicaciones S.A. mediante la Resolución 46046 del 31 de julio de 2013, expediente 13-157292”.

iv) En consecuencia, el día 27 de agosto de 2013, UNE EPM S.A. solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio, el cierre y archivo de la investigación, habida consideración del memorial de desistimiento a la queja que fuere presentado por el señor Diego Rojas Sánchez (Fls. 108 y 109 C1).

v) La Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución N°71397 del 28 de noviembre de 2013 tuvo como pruebas las documentales aportadas por el quejoso y la empresa investigada, disponiendo adicionalmente que prescindiría del periodo probatorio (Fls. 116 y 117 C1).

vi) Mediante la Resolución N°59335 del 30 de septiembre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción pecuniaria (multa de 108 SMLMV) a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. tras encontrarla trasgresora del régimen de protección al usuario del servicio de telecomunicaciones previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en consecuencia el numeral 12 del artículo 64 de la mencionada Ley (Fls. 33 a 43 C1).

Los siguientes son apartes relevantes del acto administrativo en cita:

“SEXTO. CONSIDERACIONES:

La presente investigación administrativa está orientada a establecer si el proveedor de servicios trasgredió o no lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en consecuencia, el numeral 12 del artículo 64 de la mencionada Ley, al evidenciarse la presunta omisión de la sociedad de brindar una respuesta oportuna, adecuada y de fondo al derecho de petición del usuario.

6.1 Desistimiento de la acción:

Teniendo en cuenta que el 26 de agosto de 2013, fue allegado el escrito de desistimiento firmado por el señor Diego Rojas Sánchez, ante esta Superintendencia, es menester exponer los siguientes argumentos con relación al mismo:

(...) es claro que el desistimiento del usuario no es impedimento para que ésta autoridad pueda proceder a imponer las correspondientes sanciones administrativas, toda vez que la finalidad de las investigaciones no tiene como único propósito proteger el interés particular de quienes se ven afectados por las acciones de los proveedores, sino también tiene como objetivo principal garantizar la vigencia del Régimen de Protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, el cual se ve cuestionado en cuanto a su vigencia y aplicación, cuando sus disposiciones son desconocidas por los proveedores, razón por la cual, se hace necesaria la intervención de la autoridad, reafirmando la vigencia de la norma. En consecuencia, aunque se hayan satisfecho las pretensiones del usuario que desató la investigación con su denuncia, la investigación administrativa puede continuar y habrá lugar a imponer las sanciones administrativas, cuando quiera que se verifique la infracción a las normas del Régimen de Comunicaciones, pues tales comportamientos afectan a los usuarios en general.

De acuerdo con lo anterior, en la presente investigación no solo se está indagando la favorabilidad de las pretensiones del usuario sino el desacato de una normativa, y la consecuente privación al interesado del ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a su favor. En efecto, la conducta del proveedor es la que pone en entredicho la vigencia del ordenamiento, lo cual constituye una infracción normativa y justifica la correspondiente sanción administrativa (...)

En este orden de ideas, la relevancia de la transgresión de las normas imputadas a la investigada, claramente va en contravía del interés general, puesto que la misma implica una vulneración al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y a un derecho constitucional como lo es el derecho de petición, vulneración que a su vez conlleva al desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso de los usuarios, si se tiene en cuenta que ésta ha sido la herramienta que le ha brindado la Ley a los consumidores de los servicios de comunicaciones para que pongan de presente las inquietudes o inconformidades que tengan, respecto a los servicios que les prestan los proveedores (...) En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que si bien el proveedor de servicios investigado allegó un documento en el cual el usuario desistió de la acción administrativa, lo cierto es que el mismo no será tenido en cuenta por esta Dirección, pues de conformidad con lo que se mencionó líneas atrás, la presente actuación administrativa continúa por considerar que el actuar de la sociedad va en contravía del interés general.

6.2 Caso Concreto:

(...) es evidente que a pesar de que el usuario desistió de la presente investigación

administrativa, esta Dirección tiene por configurada la vulneración a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, puesto que el investigado no probó la atención oportuna y adecuada de la petición interpuesta por el señor Diego Rojas Sánchez, ante el proveedor de servicios mencionado y no esgrimió argumento alguno dirigido a desvirtuar dicha imputación.

Así mismo, hay que mencionar en lo concerniente al reconocimiento favorable a las pretensiones elevadas por el señor Diego Rojas Sánchez, que no hay lugar a la emisión de una orden administrativa, toda vez que el desistimiento presentado por el usuario acredita que se encuentra conforme con la favorabilidad brindada por la sociedad investigada.

Por tanto, este Despacho encuentra debidamente acreditada la ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto de la petición del 19 de febrero de 2013, radicada bajo el CUN N°1-4309704033, así como la concesión favorable de las pretensiones en ellas contenidas; razón por la cual solo se impondrá la sanción por la configuración de dicha infracción, sin impartir ningún tipo de orden administrativa en contra de UNE EPM Telecomunicaciones S.A.

SÉPTIMO: Sanción.

(...) esta Superintendencia debe tomar en consideración los criterios previstos por la normativa para la imposición de las sanciones (artículo 66 de la Ley 1341 de 2009), con la finalidad de generar una debida consecuencia jurídica por la infracción de la norma.

Al respecto, es preciso anotar que para la ponderación de los criterios, no necesariamente deben encontrarse configurándose todos los allí previstos a efectos de proceder a sancionar una conducta violatoria del régimen de protección de usuarios de comunicaciones, pues esto sería lo mismo que insinuar, en gracia de ejemplo, que si una conducta violatoria del mencionado régimen es cometida por primera vez, no pudiese ser sancionada en razón de la necesidad de verificarse la reincidencia, o que una conducta gravosa por sí misma en razón del precepto vulnerado, no pudiese ser sancionada por no entrañar un daño efectivamente verificable al usuario (...)

En atención a lo anterior, procede este Despacho a establecer, bajo los parámetros antes anotados, imponer o no la respectiva sanción:

7.1 Gravedad de la falta: (...) la sociedad UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. no esgrimió justificación alguna con fundamento en la cual pudiera exonerarse de responsabilidad por la falta de respuesta oportuna, de fondo y adecuada frente a la petición enunciada en el considerando primero del presente acto administrativo, incumpliendo con ello, lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

De esta manera, y en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el cual se estableció, como criterio para la definición de las sanciones, entre otros, la gravedad de la falta, este Despacho concluye que evaluada la conducta objeto de reproche, la gravedad de la misma es de tal entidad que no solo contraviene lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009; sino que a su vez, constituye una vulneración a un derecho con protección constitucional como lo es el derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política Colombiana en la medida que el proveedor de servicios no está cumpliendo con su deber legal de generar respuestas oportunas y adecuadas para las peticiones de los usuarios.

7.2 Reincidencia: (...) *la investigada ha sido reincidente en su conducta tendiente a desconocer el derecho con que cuentan los usuarios a que sus peticiones les sean respondidas de forma adecuada y oportuna, por lo que reiteramos, es necesario imponer una sanción ejemplar, que no solo permita dimensionar la gravedad de la conducta por sí misma, sino que genere un reproche por la reiterada tendencia a vulnerar el régimen de protección de los usuarios de servicios de comunicaciones por vía de la trasgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.*

7.3 Dosimetría Sancionatoria: (...) *Acorde con las pruebas allegadas con los descargos presentados por el proveedor de servicios investigado, se evidencia que efectivamente se transgredió de manera palmaria el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que se echa de menos en el expediente la respuesta oportuna y adecuada para la petición de 19 de febrero de 2013, radicada bajo el CUN N°1-4309704033.*

(...) en ese sentido resulta necesario imponer al proveedor de servicios de comunicaciones investigado una sanción acorde con los hechos y pruebas relacionadas en el presente expediente administrativo, lo cual da lugar a fijar la sanción en un monto de ciento ocho (108) salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que la gravedad de la falta cometida y su naturaleza dio como resultado la trasgresión, en parte, del núcleo esencial del derecho de petición.

No obstante lo anterior, esta Dirección se abstendrá de proferir la respectiva orden administrativa, toda vez que el usuario desistió de la presente investigación administrativa y la petición en referencia fue resuelta a su favor.

vii) La Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., el 11 de noviembre de 2014 interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra la precitada Resolución Sanción (Fls. 120 a 164 C1).

viii) A través de la Resolución N° 65433 del 22 de septiembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de reposición interpuesto por la empresa investigada, en el sentido de confirmar íntegramente la decisión adoptada en la Resolución N°59335 del 30 de septiembre de 2014.

ix) Mediante la Resolución N°83905 del 27 de octubre de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor resolvió el recurso de apelación, en el sentido de modificar el artículo primero de la Resolución N°59335 del 30 de septiembre de 2014, disminuyendo el monto de la sanción, de 108 a 103 SMLMV (Fls. 57 a 66 C1).

A continuación se extraen algunos apartes pertinentes de la Resolución en cita:

"La censura del impugnante se relaciona con el hecho que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta el desistimiento suscrito por la usuaria con fundamento en el interés general, sin que según su criterio, se hayan expuesto tales circunstancias.

Al respecto, sea los primero mencionar que el fallador de primera instancia si valoró el escrito de desistimiento suscrito por el usuario el día 23 de agosto de 2013 (...) esto es, con posterioridad a la apertura de la presente investigación administrativa, aducido por el proveedor como prueba de la concesión total de las pretensiones del usuario, por cuanto en el acto recurrido se indicó que tal escrito

Expediente: 11-001-3334-001-2016-00135-01
Demandante: UNE EPM Telecomunicaciones SA
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

no impedía que se pudiera continuar con la investigación, fundamentando en el interés general, es decir, en la prevalencia del Régimen de Protección de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, por cuanto, no le fue posible a esta Entidad tener certeza que la petición de fecha 19 de febrero de 2013 fue respondida en forma oportuna y adecuada y por tanto, que no se le hayan vulnerado los derechos a la usuaria, ya que la defensa de la investigada en su escrito de descargos se limitó a señalar que aquella había desistido sin aportar elemento probatorio de la respuesta dada.

(...) por las consideraciones anteriores, el cuestionamiento planteado por el recurrente no está llamado a prosperar.

Con todo, la disposición que ha mostrado el operador de buscar una solución adecuada a la usuaria, aunque tardía, bien amerita una revisión del monto de la multa, en aplicación de lo dispuesto sobre el particular por el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

(...) Así, este despacho no encuentra que los argumentos del recurrente discutan fundadamente la valoración que sobre la gravedad e importancia de la falta hizo la primera instancia, así como la reincidencia en la comisión de los hechos, desde la perspectiva e implicaciones previamente señaladas, esto es, teniendo en cuenta la afectación de los derechos del usuario. No puede pretender el recurrente desdibujar el silencio administrativo positivo con un escrito de desistimiento que se allegó con posterioridad al pliego de cargos y que no permite a esta entidad verificar que en relación con la petición del día 12 de junio de 2013, el proveedor de servicios respondió en forma adecuada y oportuna las pretensiones allí contenidas.

(...) El recurrente pretende que el examen que echa de menos de la administración, se reduzca a la consideración de que en el pasado, en algunos casos que especula idénticos al presente, se habría impuesto una sanción inferior. Este sí resulta, a juicio de esta instancia, un criterio limitado y precario para controvertir el monto de la sanción, pues como se ha dicho, el ajuste y la determinación del monto depende de la evaluación del caso concreto.

De hecho, tan exótica resulta dicha lógica, que comportaría dejar de lado otros criterios que deben pesar a la hora de hacer la respectiva tasación, como es aquel de la reincidencia. En efecto, para la fijación en concreto del monto de la sanción pecuniaria impuesta se tiene en cuenta, además, el hecho en particular de que por la misma conducta se ha sancionado al proveedor de servicios en repetidas ocasiones, sin que se pueda apreciar una disminución en la comisión de la referida infracción, cuestión que el impugnante admite de entrada en su argumentación, soslayando que tal circunstancia bien podría sustentar por sí sola el monto de la sanción que ahora controvierte.

x) En consecuencia, el 2 de diciembre de 2015, la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. efectuó el pago de la multa, en cuantía de 103 SMLMV o su equivalente a \$63'448.000=.

3.4.1 Análisis del cargo declarado de oficio por el *a quo*, mediante la invocación de la figura de flexibilización de justicia rogada.

Adquiere pertinencia de un lado recabar sobre el contenido y alcance de los artículos 137 y 162 de la Ley 1437 de 2011, la doctrina que se ha desarrollado alrededor de la tesis de flexibilización del principio de justicia rogada administrativa, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el

Consejo de Estado, así como traer a colación aquellas decisiones en las que esta Sala ha fijado criterio en torno a la referida tesis, lo anterior con el propósito de llamar la atención sobre la observancia de las cargas procesales que se imponen en el contexto de acceso a la administración de justicia y las circunstancias excepcionales en las que en la jurisdicción contencioso administrativa es posible acoger dicha tesis de flexibilización. Y de otra parte, efectuar consideraciones en torno al caso concreto.

Pues bien, los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 disponen que toda persona podrá solicitar la nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en torno a un acto administrativo, cuando considere que los mismos han sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió. Adicionalmente el artículo 162 *ibidem* consagra como uno de los requisitos de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el de indicación de las normas violadas y explicación del concepto de su violación.

En efecto, ha de destacarse que las referidas disposiciones normativas imponen cargas procesales razonablemente exigibles a quien activa el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto se recuerda que: i) la facultad de acceso a la administración de justicia no es absoluta (se encuentra delimitada por la observancia de los presupuestos de oportunidad en su interposición, procedencia, agotamiento de requisitos previos para demandar y cumplimiento de los requisitos propios de la demanda), que; ii) en la jurisdicción contencioso administrativa, por regla general, el ejercicio del derecho de acción va acompañado de la materialización del derecho de postulación, y por ende del desarrollo de una defensa técnica que al ser desplegada por un abogado inscrito (artículo 160 de la Ley 1437 de 2011), hace más rigurosas las instituciones jurídico procesales, máxime cuando se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que en todos los casos debe comparecerse por medio de un representante judicial.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional al efectuar el análisis de exequibilidad del numeral 4 del artículo 137 del Decreto 01 del 1984, cuya disposición análoga en la actualidad es el numeral 4 del artículo 162 de la ley 1437 de 2011 dispuso:

“La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, mas aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable,

desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

(...)Pese a que lo anterior sería suficiente para justificar la declaración de exequibilidad de la norma acusada, la Corte se refiere en concreto a ciertos aspectos de la acusación del demandante, así:

a) No se viola el principio de igualdad, porque el requisito procesal mencionado se exige por igual a todas las personas que demandan actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y porque no se le puede exigir al legislador que regule por igual las formas del debido proceso para los diferentes tipos de acciones.

Las diversas realidades materiales y jurídicas que han servido de fundamento para que el legislador, según la naturaleza de la controversia, haya diseñado las diferentes clases de acciones en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, justifica igualmente que en las demandas ante esta jurisdicción se puedan exigir requisitos diferentes, según el tipo de la pretensión, y que tales requisitos puedan ser distintos a los previstos para las demandas civiles, de familia y laborales.

b) No se desconoce el derecho político a que alude el art. 40-6 de la Constitución, ni el derecho de acceso a la justicia, porque la exigencia procesal prevista en el aparte normativo demandado es una carga procesal mínima, racional, proporcionada y necesaria que no afecta el núcleo esencial de los aludidos derechos.

(...)

No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

(...)Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior"³. (negrilla y subrayado fuera del texto).

Lo anterior significa que solamente en los casos en los que se evidencia la

³ Corte Constitucional, sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, expediente D-2172, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata o se advierta la incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica, el juez podrá ignorar la carga que tienen los accionantes al demandar un acto administrativo, de lo contrario estos deberán indicar las normas violadas y el concepto de violación, para que así puedan sus pretensiones ser tenidas en cuenta por el Juez.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado, ha indicado que:

“Si bien es cierto que la carga procesal de indicar las normas violadas y expresar el concepto de violación encuentra justificación constitucional, y delimita el marco en que el juez administrativo debe realizar la confrontación y verificar la legalidad del acto administrativo que se acusa de ilegal bajo cualquiera de las causales previstas en el artículo 84 del CCA., también lo es que, cuando se invoca la protección de un derecho fundamental, tiene plena operancia la excepción al principio de rogatividad, razón suficiente para advertir que el control de legalidad del fallador de primera instancia involucra la revisión de las garantías del debido proceso, previstas en la norma disciplinaria, dentro de ellas, lo atinente a la necesidad y la existencia de prueba necesaria para sancionar”⁴ (negrilla y subrayado fuera del texto).

Y en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado, se refirió a la tesis de la flexibilidad del principio de justicia rogada en administrativo, cuando el medio de control de que se trata es el de nulidad simple, en el que no se exige del derecho de postulación, y al que por tal razón no le son aplicables los mismos principios procesales de los demás medios de control.

[S]e rememora que la jurisdicción contencioso-administrativa debe preservar el orden jurídico de acuerdo con el artículo 103 del CPACA. Dicha función se ejercita con observancia del artículo 4° de la Carta, según el cual la Constitución es norma de normas, de manera que el juzgador debe acatar la legalidad de las disposiciones siempre que estas sean constitucionales. Asimismo, la acción de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA es el ejercicio del derecho previsto en el artículo 40.6 constitucional, puesto que todo ciudadano tiene derecho a promover acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. Precisamente, este medio de control no exige el derecho de postulación que sí se requiere en otros medios de control, de manera que cualquier ciudadano está en la facultad de promover dichas demandas. Para garantizar el derecho que tiene todo ciudadano a demandar en acciones públicas, a estos tipos de acciones no les aplican los mismos principios procesales de los demás medios de control, de manera que el principio dispositivo o de justicia rogada, cede ante el principio del iura novit curia, pues el juez es quien conoce el derecho. En este sentido, en aras de hacer prevalecer el orden jurídico los jueces pueden establecer la unidad normativa de las disposiciones que deben suspenderse provisionalmente o anularse, aun cuando el demandante no lo pretenda, pues, se reitera, teniendo en cuenta los cargos de nulidad, el juez debe verificar las disposiciones que hacen unidad normativa y en dicho evento evitar que haya incoherencias entre las normas suspendidas y las que queden vigentes. Con apoyo en lo anterior, esta corporación determinó que la totalidad de la letra b) del artículo 12 del Decreto 1794 de 2013, transgrede el artículo 46 de la Ley 1607 de 2012, por ende, suspender únicamente los apartes mencionados por la actora, conlleva a

⁴ Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección “b”. C.P. Gerardo Arenas Monsalve providencia del 11 de julio de dos mil trece (2013), radicado N°52001-23-31-000-2004-00188-02(1982-09).

*incoherencias entre dicha disposición y la totalidad del artículo 12 ibidem*⁵.

Ahora bien, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, con ponencia del Magistrado Fredy Ibarra Martínez, conoció en segunda instancia del expediente radicado N°110013334003201600125-01, en el que UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. solicitó revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito (a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda), y en su lugar dar aplicación al principio de flexibilización de la justicia rogada administrativa para declarar probada de oficio, la ocurrencia de la caducidad en el ejercicio de la facultad sancionatoria y pérdida de competencia en la resolución de recursos, por encontrarse superado el término previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, lo anterior bajo el entendido que se afecta su derecho al debido proceso.

En esa oportunidad, la Sala expuso:

“El citado argumento formulado por la parte demandada no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

a) Por antonomasia la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa se rige, por regla general, por un principio de justicia rogada el cual hace referencia a la carga procesal que debe asumir el actor cuando demanda un acto administrativo lo que implica, entre otros aspectos, lo atinente a la formulación de los cargos de nulidad contra el acto impugnado con expresión de las normas jurídicas que se estima violadas y la exposición del respectivo concepto de quebranto normativo, obligación que el juez no debe ni puede asumir por el demandante⁶.

b) Por consiguiente ante la omisión de tal obligación procesal por el actor en cuanto tiene que ver con la formulación de este nuevo cargo el cual no fue esgrimido con la demanda, no puede el juez al momento de fallar el asunto suplir tal falencia y determinar o proponer las censuras o reproches de ilegalidad contra el acto administrativo cuya nulidad se depreca con la demanda porque una actuación de tal naturaleza implica, necesaria e indiscutiblemente, estudiar nuevos cargos que no fueron planteados con la demanda lo que vulnera los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y derecho de defensa y contradicción de la parte demandada -en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio- en tanto que esta no tuvo la oportunidad de pronunciarse en tiempo real y efectivo sobre ese preciso nuevo aspecto.

c) Contrario a lo que pretende la parte actora, el analizar nuevos cargos o nuevas disposiciones legales supuestamente vulneradas, diferentes a las que tuvo en su conocimiento el juez de primera instancia, desnaturalizaría el recurso de apelación con quebranto injustificable de las garantías propias del debido proceso por censuras apenas propuestas en el recurso de alzada y menos aún de oficio por el juez de la causa que, además, no sería realmente una actuación oficiosa por existir sobre ese preciso aspecto una petición expresa y específica

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 28 de marzo de 2018, expediente 11001-03-27-000-2016-00032-0022482, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez

⁶ con excepción de aquellos eventos en los que de modo directo y principal esté de por medio la violación de un derecho constitucional fundamental o el quebranto de un principio fundamental del Estado (véase la sentencia C-197 de 7 de abril de 1999 de la Corte Constitucional que declaró exequible el numeral 4 del artículo 137 del Decreto 01 de 1984).

de la parte interesada.

d) En ese sentido la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁷ ha señalado lo siguiente:

"(...) Exponer argumentos e invocar nuevas disposiciones legales supuestamente vulneradas, en la sustentación del recurso de alzada, que como en este caso, no guardan coherencia con los planteados por la misma parte en la demanda, implicaría que el superior jerárquico ya no revise el contenido y la decisión de la sentencia de primer grado sino que estudie y se pronuncie sobre argumentos y normas que no fueron sometidos a consideración del a quo, lo que desnaturaliza el recurso de apelación e infringe el principio de lealtad procesal con que deben actuar las partes, pues se afecta el derecho de defensa de una de ellas por los planteamientos no alegados en la instancia objeto del reexamen. A lo anterior se agrega que el nuevo argumento equivale a una corrección o adición de la demanda por fuera de la oportunidad procesal para ello." (resalta la Sala).

(...) f) Asimismo la Sala resalta que la obligación de invocar en el escrito de la demanda las normas violadas y el concepto de la violación cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, como ocurre en este caso concreto, se encuentra consagrada expresa y claramente en el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 (...)

g) Igualmente cabe mencionar que ese mismo deber procesal se encontraba consagrado en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo anterior (Decreto 01 de 1984), norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-197 del 7 de abril de 1999 por estimar que se trata de una carga razonable y proporcional al fin pretendido y que no violaba el derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, providencia que por su naturaleza jurídica a términos de lo previsto en los artículos 243 constitucional, y 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes.

e) Por lo tanto, como quiera que en la demanda no se formuló ningún cuestionamiento o cargo de nulidad referente a la violación del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no es jurídicamente procedente en esta instancia procesal pronunciarse sobre ese punto como se explicó.

f) De igual manera es pertinente advertir que a pesar del vocablo caducidad utilizado por el legislador el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no regula la caducidad procesal judicial, por tanto no es una norma de orden público sino que regula la prescripción de unos precisos términos para adelantar la actuación administrativa contenidos en una norma sustancial que solo produce efectos inter partes y que involucra no el interés público sino un derecho de carácter particular que debe ser invocado o reclamado por el respectivo interesado, tanto que bien puede ser objeto de renuncia por ser jurídicamente susceptible de disposición⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

⁷ Sentencia de 12 de noviembre de 2003, Expediente No. 13206. C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa

⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, expediente radicado 11001-33-34-003-2016-00125-01, sentencia del 25 de enero de 2018, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

Es de anotar, adicionalmente que esta misma Sala, con ponencia del Magistrado Dr. Fredy Ibarra Martínez, conoció en sede de segunda instancia del expediente radicado N°110013334001201600134-01, en el que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, solicitó revocar la decisión adoptada por la Juez Primero Administrativo del Circuito (a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda, tras encontrar probado de oficio el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria y la pérdida de competencia de la autoridad administrativa en la resolución de los recursos, por inobservancia del término previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011), y en el que tal y como se expuso en la providencia del 25 de enero de 2018, no fue posible adentrarse en el estudio de la procedencia o no de aplicación de la figura de flexibilización de la justicia rogada, habida consideración de la delimitada competencia funcional que de acuerdo con el artículo 328 del Código General del Proceso, ostenta el juez de segunda instancia, en los eventos de apelante único, y los argumentos esgrimidos por el recurrente (SIC), que giraron en torno a la demostración de no vulneración del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

No en vano, en esa oportunidad, la Corporación aclaró:

“(…) Ahora bien, los argumentos de apelación formulados por las SIC contra la sentencia de primera instancia se centran en señalar en términos generales que no se vulneró el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 en tanto que los recursos interpuestos en sede administrativa sí fueron resueltos en el término de un año que establece la norma, sin embargo, no se contravirtió ni impugnó el argumento adoptado por el a quo consistente en que en ejercicio de la figura de la flexibilización del principio de justicia rogada y de su facultad oficiosa como juez constitucional era procedente estudiar la violación o no del artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a pesar de que ese motivo de censura no fue formulado en la demanda, por tanto frente a este último aspecto para la Sala no es jurídicamente posible pronunciarse en tanto que, como se explicó, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso ya que su competencia funcional fue legalmente restringida por consiguiente proceder de otra manera configuraría una violación al debido proceso y al derecho de defensa”⁹.

Descendiendo al caso concreto, advierte la Corporación que aún cuando formalmente, el argumento esgrimido por el a quo, justificaría la invocación de la tesis de flexibilización de justicia rogada administrativa, por cuanto se arguye a la vulneración del derecho fundamental de aplicación inmediata, como lo es el debido proceso, materialmente no, toda vez que el cargo que se declara probado de oficio es el de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria con pérdida de competencia en la decisión de los recursos y operancia del silencio administrativo positivo, que más allá de devenir en trasgresión al debido proceso, lo que genera es una posible violación de las normas en que debían fundarse, específicamente del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011; norma que el apoderado judicial del extremo actor no refirió trasgredida en su libelo demandatorio, y en torno a la cual no se permitió el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de la entidad demandada.

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, expediente radicado 11001-33-34-003-2016-00134-01, sentencia del 25 de enero de 2018, M.P. Fredy Ibarra Martínez.

Dicho de otro modo, la caducidad que se declara de oficio por el *a quo* no se refiere a la sanción procesal por ejercicio inoportuno de la facultad de acción contencioso - administrativa, y en esa medida no guarda relación con la disposición de orden público desarrollada en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. De lo que se trata es de la caducidad prevista en el artículo 52 *ibidem*, según la cual, existe un límite temporal para el ejercicio de la facultad sancionatoria por parte de las autoridades administrativas, que de ser desatendida deviene no sólo en la pérdida de competencia para la imposición de la sanción o la decisión de los recursos, sino también en la configuración del silencio administrativo positivo en favor del demandante; consecuencias jurídicas que en sí mismas, no se constituyen en atentatorias del derecho fundamental al debido proceso, ni que justifiquen la flexibilización del multireferido principio de justicia rogada.

En este punto nos detendremos para llamar la atención sobre la desnaturalización a la que se llegaría de dicha tesis excepcional (expresamente prevista para los eventos en que se evidencia la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata o se advierta la incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica), con interpretaciones como las efectuadas por el *a quo*, toda vez que implicaría aceptar que el incumplimiento por parte del apoderado judicial del extremo actor, de la carga procesal que le imponen los artículos 137, 138 y N°4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, traducida en la no identificación de los cargos de nulidad, las normas violadas y el concepto de violación, siempre podría sortearse a la luz de la flexibilización del principio de justicia rogada administrativa, desconociendo con dicha afirmación indefinida que de un lado se está llevando al traste el propósito con el que la Corte Constitucional desarrolló dicha tesis, que no era otro que el de primacía de lo sustancial sobre lo formal y garantía de vigencia de los derechos fundamentales y disposiciones constitucionales, y de otra parte, que se atenta contra derechos de raigambre constitucional, tales como el de defensa y contradicción (artículo 29 Constitucional) y disposiciones procesales de orden público, como la prevista en el N°2 del artículo 42 del Código General del Proceso, según la cual "*son deberes del Juez, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso*" y el artículo 281 *ibidem* que establece el principio de congruencia, disponiendo que "*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda (...)*".

Así las cosas, lo procedente es revocar la decisión emitida por el Juez de Primera Instancia porque resolvió indebidamente la litigiosidad, al declarar de oficio la caducidad de la facultad sancionatoria, sin analizar los cargos de nulidad formulados por el apoderado judicial del extremo actor, y en consecuencia este Tribunal procederá a su análisis, en contraste con los argumentos de defensa invocados por la entidad demandada, no sin antes precisar que técnicamente la caducidad de la facultad sancionatoria corresponde a una prescripción por no haber actuado y concluido el procedimiento sancionatorio en el término máximo de cuatro años (3 para sancionar y 1 para decidir los recursos contra el acto sancionatorio), por lo que sólo puede ser alegada por quien se beneficia de ella, y en esa medida es ciertamente disponible y desistible, y no puede declararse de oficio, a diferencia de la caducidad del medio de control que al ser una institución de carácter jurídico procesal y por ende de orden público, no sólo puede sino

que debe declararse, ya sea que medie petición de alguno de los sujetos procesales o se advierta de oficio por el Juez, en tanto es indisponible.

Por último, se insiste en que la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se concibe como un instrumento protector del principio de seguridad jurídica, toda vez que de un lado garantiza la vigencia de los derechos de los administrados a quienes se les definen situaciones jurídicas a través de actos administrativos particulares y concretos, y de otra parte, permite a la propia administración asumir que las situaciones definidas a través de sus actos administrativos han quedado consolidadas, dado que el particular no las controvertió jurisdiccionalmente en el término previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3.4.2 Análisis del Primer Cargo: *La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación y desviación de poder al sancionar a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A., toda vez que no tuvo en cuenta que el proveedor del servicio sí reconoció al señor Diego Rojas Sánchez, la favorabilidad respecto de la petición radicada el 19 de febrero de 2013, y que el usuario desistió oportunamente de la queja, en tanto entendió resarcido su derecho?*

La Corporación destaca que la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. no controvierte el supuesto de hecho por el cual se le abrió investigación en la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, la omisión de respuesta a la petición radicada por el usuario Diego Rojas Sánchez, el 19 de febrero de 2013 y el incumplimiento de la favorabilidad en sede empresarial (es decir, previa apertura de la actuación administrativa). Lo que sí controvierte UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., es que la Superintendencia de Industria y Comercio haya seguido adelante con la investigación y proferido sanción en su contra, pese a que el señor Rojas Sánchez radicó oportunamente ante el ente de control, inspección y vigilancia, memorial desistiendo de la queja formulada y solicitando el archivo de la investigación.

En ese contexto, la Sala llamará la atención de un lado sobre los argumentos esgrimidos por la empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. en el memorial de descargos radicado ante la SIC, toda vez que tal y como se expuso *in extenso supra*, el mismo giró exclusivamente en torno al escrito de desistimiento radicado por el usuario. Lo anterior, significa que en el marco de la actuación administrativa, el proveedor de servicios no se propuso demostrar que no había faltado a su deber de contestar oportunamente las peticiones de sus usuarios, sino que se limitó a indicar que ya le había reconocido la favorabilidad al señor Rojas Sánchez y que en esa medida, debía archivarse la investigación iniciada en su contra.

Y de otra parte, traerá a colación apartes pertinentes tanto de la Resolución sancionatoria como de aquellas que decidieron los recursos de reposición y apelación, con el ánimo de destacar que en las mismas, el ente investigador sí efectuó una valoración probatoria del escrito de desistimiento a la queja presentada por el usuario Diego Rojas Sánchez:

Expediente: 11-001-3334-001-2016-00135-01
Demandante: UNE EPM Telecomunicaciones SA
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Resolución N°59335 del 30 de septiembre de 2014	Resolución N°65433 del 22 de septiembre de 2015	Resolución N°83905 del 27 de octubre de 2015
<p>En el capítulo 6.1 se esgrimen las razones normativas y jurisprudenciales que facultan al ente de control para continuar de oficio con la investigación, en los eventos en que se presente desistimiento de la queja: el interés público.</p> <p><i>"(...) aunque se hayan satisfecho las pretensiones del usuario que desató la investigación con su denuncia, la investigación administrativa puede continuar y habrá lugar a imponer las sanciones administrativas, cuando quiera que se verifique la infracción a las normas del Régimen de Comunicaciones, pues tales comportamientos afectan a los usuarios en general (...).De acuerdo con lo anterior, en la presente investigación no solo se está indagando la favorabilidad de las pretensiones del usuario sino el desacato de una normativa, y la consecuente privación al interesado del ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a su favor.</i></p> <p><i>En este orden de ideas, la relevancia de la transgresión de las normas imputadas a la investigada, claramente va en contravía del interés general, puesto que la misma implica una vulneración al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y a un derecho constitucional como lo es el derecho de petición, vulneración que a su vez conlleva al desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso de los usuarios, si se tiene en cuenta que ésta ha sido la herramienta que le ha brindado la Ley a los consumidores de los servicios de comunicaciones para que pongan de presente las inquietudes o inconformidades que tengan, respecto a los servicios que les prestan los proveedores".</i></p> <p>Luego, en el capítulo 6.2 se efectuó un análisis del caso concreto, que condujo a la imposición de la sanción, pero sin impartir orden administrativa, teniendo en cuenta que la favorabilidad ya había sido reconocida por el ente investigador.</p> <p><i>"(...) es evidente que a pesar de que el usuario desistió de la presente investigación administrativa, esta Dirección tiene por configurada la vulneración a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, puesto que el investigado no probó la atención oportuna y adecuada de la petición</i></p>	<p><i>"(...) la vulneración al interés público con ocasión de la omisión de la investigada obedece al desconocimiento de un derecho de aplicación inmediata (art. 86 CP.) cuyos titulares son todas las personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, que para el caso en concreto son los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.</i></p> <p><i>(...) el argumento de la recurrente no procede pues la presentación del desistimiento de las solicitudes contenidas en la petición citada, no exime al proveedor investigado de la responsabilidad que acarrea la violación al Régimen de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, de forma específica al artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, numeral 12.</i></p> <p><i>Es decir, si bien, la sociedad investigada aporta escrito de desistimiento autorizado por el peticionario, dicho documento comprueba la concesión favorable a lo pretendido, más no la atención adecuada y oportuna de la petición del 19 de febrero de 2013, lo cual se traduce en una conducta trasgresora de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones.</i></p> <p><i>(...) el silencio administrativo positivo le otorga al peticionario la opción de conocer una respuesta de forma ficta o presunta, debido a la omisión de la entidad encargada de emitir una respuesta. Es decir, que si bien para el usuario la falta de respuesta a su petición se solventa con la mencionada figura legal, no puede el proveedor interpretar la norma a su beneficio y tomar el acto ficto o presunto como si fuera el resultado de su propio accionar y menos pretender solventar su incumplimiento con una</i></p>	<p><i>Al respecto, sea lo primero mencionar que el fallador de primera instancia si valoró el escrito de desistimiento suscrito por el usuario el día 23 de agosto de 2013 (...) allegado (...) con posterioridad a la apertura de la presente investigación administrativa, por cuanto en el acto recurrido se indicó que tal escrito no impedía que se pudiera continuar con la investigación, fundamentado en el interés general, es decir, en la prevalencia del Régimen de Protección de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, por cuanto, no le fue posible a esta Entidad tener certeza que la petición de del 19 de febrero de 2013 fue respondida en forma oportuna y adecuada y por tanto, que no se le hayan vulnerado los derechos a la usuaría, ya que la defensa de la investigada en su escrito de descargos se limitó a señalar que aquella había desistido sin aportar elemento probatorio de la respuesta dada (...)</i></p> <p><i>Con todo, la disposición que ha mostrado el operador de buscar una solución adecuada a la usuaría, aunque tardía, bien amerita una revisión del monto de la multa, en aplicación de lo dispuesto sobre el particular por el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1480 de 2011".</i></p>

<p><i>interpuesta por el señor Diego Rojas Sánchez, ante el proveedor de servicios mencionado y no esgrimió argumento alguno dirigido a desvirtuar dicha imputación.</i></p> <p><i>Así mismo, hay que mencionar en lo concerniente al reconocimiento favorable a las pretensiones elevadas por el señor Diego Rojas Sánchez, que no hay lugar a la emisión de una orden administrativa, toda vez que el desistimiento presentado por el usuario acredita que se encuentra conforme con la favorabilidad brindada por la sociedad investigada”.</i></p>	<p><i>antelación inoportuna de lo pretendido.</i></p>	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------	--

De lo expuesto se colige que la prueba documental, relacionada con el desistimiento a la queja presentada por el señor Diego Rojas Sánchez ante la Superintendencia de Industria y Comercio sí fue valorada en la actuación administrativa sancionatoria que se tramitó bajo el radicado N°13 157292 y que dio lugar a la expedición de las Resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, N°65433 del 22 de septiembre de 2015 y N°83905 del 27 de octubre de 2015, distinto es que el propósito que ostentaba UNE EPM S.A. E.S.P. (desde el mismo momento en que estructuró sus descargos “únicamente” en torno a dicho memorial de desistimiento), no logró consolidarse, habida consideración del ejercicio de la facultad que conforme al artículo 18 de la Ley 1437 de 2011 desplegó la SIC, en el sentido de continuar con la investigación, tras considerar que independientemente de la solución que el proveedor de servicios le hubiere dado al usuario con posterioridad a la apertura de la investigación, debía investigarse su comportamiento desde la órbita de afectación al conglomerado general, máxime cuando se encontraba acreditado el factor de reincidencia de la conducta.

Así las cosas, el Tribunal resalta que el extremo actor se limitó a estructurar sus cargos de nulidad de falsa motivación y desviación de poder, en torno al argumento de “no valoración del escrito de desistimiento del usuario”, circunstancia que dista de la realidad, en tanto tal y como se indicó *supra*, tal prueba sí fue valorada por el ente administrativo sancionador. Y en consecuencia, no se desvirtúa la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

En este punto, se recuerda que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, corresponde a las partes aportar los elementos probatorios que se encuentren a su disposición para sustentar sus argumentos, conforme al brocardo *Onus prodandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor*.

En suma, al encontrarse acreditado que la Superintendencia de Industria y Comercio sí valoró el escrito de desistimiento a la queja, presentado por el usuario, tanto en la resolución sancionatoria como en aquellas en las que se resolvieron los recursos de reposición y apelación (modificando el monto de la multa impuesta a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), se concluye que el cargo de falsa motivación y desviación de poder en la expedición del acto administrativo no se encuentra llamado a prosperar.

De otra parte, la Sala considera pertinente referir que de conformidad con el N°36 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad administrativa encargada de investigar y sancionar las conductas presuntamente trasgresoras del régimen integral de protección de los derechos de los usuarios de comunicaciones.

“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...) 36. Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones”.

Y que conforme a lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011,

“Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones (...) pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público (...)”

Por tanto, aun cuando en el trascurso de la investigación se hubiese presentado desistimiento por parte del ciudadano denunciante, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades legales podía continuar de oficio con la actuación administrativa e imponer sanciones en el evento de encontrar acreditada la violación de las normas de protección al consumidor y a los usuarios del servicio de telecomunicaciones. Es decir, la SIC frente a la reincidencia de la empresa y al desistimiento del quejoso, optó por seguir de oficio la investigación, en ejercicio de la postestad que le otorgó el legislador en el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011.

3.4.3 Análisis del Segundo Cargo: Violación de las disposiciones normativas por desconocimiento del principio de proporcionalidad y dosimetría sancionatoria.

En lo que concierne al cargo de nulidad por presunta violación del principio de proporcionalidad y dosimetría sancionatoria, formulado por el demandante contra las Resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, N°65433 del 22 de septiembre de 2015 y N°83905 del 27 de octubre de 2015, la Sala se referirá de un lado el contenido y alcance de los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009 y de otra parte se concentrará en el estudio de los considerandos de los precitados actos administrativos, a fin de determinar si en los mismos se atiende a las máximas de proporcionalidad entre la falta y la sanción, gravedad de la falta, daño producido y reincidencia en la comisión de los hechos.

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-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.*

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 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. 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.

De la disposición normativa en cita se infiere, que las personas jurídicas que infringen el régimen de protección a los derechos del consumidor y usuario de telecomunicaciones, serán sancionadas de un lado con la orden de cesación inmediata de la conducta y de otra parte con amonestación, multas de hasta 15.000 SMLMV, suspensión de la operación al público hasta por dos meses y caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

Así mismo, que existe un marco normativo en el que se restringe la discrecionalidad de la Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de determinada sanción a una persona jurídica, *verbi gratia*, la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., este es, el previsto en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, que prevén la valoración de los siguientes criterios: gravedad de la falta; daño producido; reincidencia en la comisión de los hechos; proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En este punto es menester señalar que el referido artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 si bien exige que en el acto administrativo en el que se imponga sanción se incluya la valoración de los precitados criterios, no significa que en el caso concreto deba existir una concurrencia de todos los criterios, toda vez que por ejemplo, podría presentarse el caso en que no exista reincidencia de la conducta pero sí un daño producido y gravedad de la falta.

Al respecto, la Corporación analizará cada uno de los criterios de dosificación expuestos:

a) Gravedad de la falta: Este criterio tiene como fundamento que la administración en la valoración que realiza pueda determinar y sustentar que tan grande o importante es la consecuencia o efecto que genera una conducta infractora en el sector en el que se analiza, esto es, que en materia de telecomunicaciones se pueda determinar si esa conducta afecta el correcto desempeño y funcionamiento del orden jurídico que busca preservar un objetivo general para la efectiva prestación del servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones a los usuarios y que goza de especial protección constitucional.

En ese sentido, la labor administrativa que tiene la autoridad debe ser lo más objetiva posible para poder calificar la conducta a partir de postulados generales y previstos en el ordenamiento jurídico y que busquen salvaguardar

sus principios y finalidades, siempre propugnando por una debida intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones y así lograr darle una connotación a la falta o infracción cometida.

b) Daño Producido: Este hace referencia concretamente a los efectos que produce la conducta infractora o la no realización de una conducta obligatoria, es decir, que contempla la materialización de las consecuencias que se producen por parte del proveedor del servicio y que al tratarse de un sector totalmente regulado, como lo es el de telecomunicaciones, se traduce no sólo en la alteración del ordenamiento jurídico y la prestación del servicio, sino además en la vulneración de un derecho de un usuario.

En ese sentido, la empresa debe tener en cuenta que el hecho de trasgredir la normatividad del sector, si bien implica un daño que podría ser de menor entidad, también es cierto que comporta un daño mayor cuando se trasgreden los derechos de los usuarios.

c) Reincidencia en la Comisión de los Hechos: En este criterio debe partirse de que claramente resulta más gravosa la comisión de una conducta que es repetitiva o reiterada que la que es cometida por única vez, en ese sentido, la reincidencia ha sido considerada como "*... una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se hace más gravosa la situación del infractor cuando éste ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones de la misma o de distinta naturaleza. Este criterio es utilizado también por el legislador para excluir beneficios o circunstancias que actúan como atenuantes de la responsabilidad...*"¹⁰, con lo cual, es necesario precisar que la reincidencia no implica repetición, ya que el concepto de reincidencia contiene no sólo la repetición de una conducta, sino además un desvalor o despropósito adicional de la conducta que ya fue realizada con anterioridad, razón por la que se tiene en cuenta como de mayor acontecimiento al calificar como de mayor gravedad la falta o aumentar la sanción a imponer.

d) Proporcionalidad entre la Falta y la Sanción: En principio ha de señalarse que en el derecho administrativo sancionador cobra especial relevancia la facultad discrecional de que goza la Administración al momento de imponer una sanción, por lo que se hace relevante recordar que hay dos circunstancias que deben tenerse presente, por un lado, la libertad del legislador para enmarcar o delimitar los bienes jurídicos que desea proteger, con los cuales procede a establecer las conductas típicas, sin embargo, aunque el legislador tenga esa facultad de crear infracciones, clasificarlas, enumerarlas y además fijar criterios de agravación o atenuación, éste debe al momento de redactar la descripción típica realizar un juicio de proporcionalidad que permita determinar cuál o cuáles son las conductas infractoras que deben ser reprochadas por la sociedad, puesto que deben ser consonantes con los principios y garantías constitucionales y los derechos fundamentales que se encuentren protegidos, y de esta manera determinar una sanción adecuada a los fines estatales y del ordenamiento jurídico.

De esta forma, el legislador debe establecer criterios de dosimetría que le

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-290 de 2008 y 077 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

sirvan a la administración en su labor de juzgador, pero a su vez delimitando su función al determinar si la conducta encuadra en una infracción y de ser así adecuarla en la categoría de la infracción correspondiente, lo cual implica que califique los incumplimientos de las obligaciones exigibles con los parámetros establecidos, justificando la decisión que adopta, considerando objetivamente las circunstancias que dieron lugar a la misma y valorando las pruebas pertinentes del caso, siendo este marco infraccional y jurídico de carácter objetivo el que le impide al funcionario pasar a la arbitrariedad de consideraciones subjetivas al momento de realizar el análisis de los criterios establecidos y adecuar la conducta a la sanción correspondiente.

Y de allí se deriva la segunda circunstancia relevante, consistente en la labor propia de la entidad que está en la posición de juzgador, frente a la cual ha señalado el Consejo de Estado:

*“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, **el principio de proporcionalidad cumple dos funciones:** i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria...” “...Por tanto, el juez - e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general”*

(...) En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado...”¹¹ (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C. P. Enrique Gil Botero.

Así pues, el legislador en nuestro país estableció como uno de los criterios para sancionar en materia de telecomunicaciones el relacionado con la proporcionalidad sin especificar los parámetros a tener en cuenta para su análisis, de manera que deja a criterio de la Administración su definición para cada caso.

Claramente, en ese análisis y al proceder a realizar la ponderación correspondiente, queda descartada por completo cualquier posibilidad de arbitrariedad o sobredimensionamiento de la infracción, debiendo corresponder la sanción con la calificación que se realice de la conducta infractora, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C - 721 de 2015¹², así:

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

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

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

Descendiendo al caso concreto valoraremos si en los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, 65433 del 22 de septiembre de 2015 y 83905 del 27 de octubre de 2015, se observaron o no los principios de proporcionalidad entre la falta y la sanción y la dosimetría sancionatoria prevista en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En ese orden de ideas, lo primero que advierte el Tribunal es que si bien la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. fue declarada responsable por infringir el régimen de protección al consumidor y a los derechos del usuario del servicio de telecomunicaciones, no se le impuso en ninguna de las Resoluciones, orden de cesación inmediata de la conducta, toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró el desistimiento presentado en el caso concreto por el señor Diego Rojas Sánchez .

¹² MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

De otra parte, en lo que concierne a la sanción de multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se encuentra acreditado en el expediente que inicialmente la sanción fue tasada en 108 SMLMV, y finalmente determinada en 103 SMLMV (en sede del recurso de apelación). Suma que tal y como lo indicó la entidad demandada y se infiere del artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 es mínima en consideración a la multa que el ente de control inspección y vigilancia se encuentra facultado para imponer (hasta 2.000 SMLMV para personas naturales y hasta 15.000 SMLMV para personas jurídicas).

No obstante, habida consideración que aunque la suma impuesta por concepto de sanción se acerque a los baremos mínimos, en tanto equivale tan solo al 0,68% de los 15.000 SMLMV que el ente de control pudo haber impuesto, debe estar razonada y ser proporcional, se estudiarán los considerandos esgrimidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en cada uno de los actos administrativos susceptibles de pretensión de nulidad.

En la Resolución N°59335 del 30 de septiembre de 2014 se tuvo en cuenta de un lado el factor de gravedad de la sanción y de otra parte la cesación de la conducta trasgresora en el caso particular y concreto, circunstancia que devino en la atenuación de la sanción.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio llamó la atención sobre los siguientes puntos en el referido acto administrativo: a) se evidenciaron fallas en la calidad de la atención de las peticiones de los usuarios por parte de la empresa investigada; b) se encuentra acreditado que UNE EPM no dio respuesta a la petición radicada por el usuario Diego Rojas Sánchez, por lo que es evidente la trasgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009; c) la conducta objeto de reproche es grave no sólo por cuanto trasgrede el régimen de protección al usuario de las telecomunicaciones, sino también por cuanto hace nugatorio su derecho constitucional de petición y atenta contra el principio de buena fe, según el cual los proveedores de servicios deben atender de manera íntegra y oportuna las solicitudes de sus usuarios y otorgarles favorabilidades cuando en el contexto de la relación contractual, hayan omitido brindar tales respuestas; d) que el desistimiento de la queja por parte del usuario y la resolución favorable que hiciera UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a sus pretensiones -con posterioridad al Auto de pliego de cargos-, da lugar a la no emisión de órdenes administrativas por parte del ente de control y a la imposición de una sanción que se aproxima a los estándares mínimos permitidos, es decir, el equivalente a 108 SMLMV.

Luego, en la Resolución N°65433 del 22 de septiembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, reiteró lo expuesto en la decisión sancionatoria, pero adicionalmente profundizó en el interés general que se trasgrede cuando se vulnera el Régimen de Protección de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, recabando que en el caso concreto el asunto trasciende los derechos particulares y concretos del usuario que interpuso la queja, toda vez que lo que queda en evidencia es que el proveedor de servicios públicos trasgrede el derecho fundamental de petición y viola el principio de buena fe que debe ser imperante en las relaciones contractuales de servicios públicos. Adicionalmente, en este acto administrativo, se

concede el recurso de apelación.

Por último, mediante la Resolución N° 83905 del 27 de octubre de 2015, se decidió el recurso de apelación, disponiéndose por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la disminución de la sanción impuesta (de 108 a 103 SMLMV), tras atribuirse mayor valía a situaciones tales como las labores desplegadas por el proveedor de servicios con posterioridad a la apertura de la investigación, que dio lugar al desistimiento de la queja por parte de la usuaria, pero también considerándose el factor de reincidencia de la conducta, que dio lugar a la imposición de sanciones en el pasado, por hechos análogos.

“El recurrente pretendió que el examen que echa de menos de la administración, se reduzca a la consideración de que en el pasado, en algunos casos que especula idénticos al presente, se habría impuesto una sanción inferior. Este sí resulta, a juicio de esta instancia, un criterio limitado y precario para controvertir el monto de la sanción, pues como se ha dicho, el ajuste y la determinación del monto depende de la evaluación del caso concreto.

De hecho, tan exótica resulta dicha lógica, que comportaría dejar de lado otros criterios que deben pesar a la hora de hacer la respectiva tasación, como es aquel de la reincidencia. En efecto, para la fijación en concreto del monto de la sanción pecuniaria impuesta se tiene en cuenta, además, el hecho en particular de que por la misma conducta se ha sancionado al proveedor de servicios en repetidas ocasiones, sin que se pueda apreciar una disminución en la comisión de la referida infracción, cuestión que el impugnante admite de entrada en su argumentación, soslayando que tal circunstancia bien podría sustentar por sí sola el monto de la sanción que ahora controvierte”.

Así las cosas, la Sala encuentra que en el caso concreto, la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir las Resoluciones susceptibles de pretensión de nulidad y determinar la sanción aplicable a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., analizó la naturaleza de la infracción y en particular el hecho de que con la misma se hizo nugatorio el derecho constitucional de petición del usuario, además consideró la gravedad de la falta, toda vez que la conducta de la empresa trasgredió el régimen de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, y la reincidencia de la conducta que dio lugar a la imposición de otras sanciones en el pasado, por circunstancias análogas. Por último, adicionalmente se tuvo en cuenta en la dosificación de la sanción, la disposición que mostró el operador de telefonía al buscar (con posterioridad a la apertura de la investigación) una solución adecuada al usuario, que motivo el desistimiento del quejoso y justificó -entre otros elementos- la disminución de la multa impuesta, de 108 a 103 salarios mínimos, legales, mensuales vigentes.

Por lo anterior, mal podría decirse que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante las Resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, 65433 del 22 de septiembre de 2015 y 83905 del 27 de octubre de 2015 fue arbitraria o desproporcional.

En suma, la Sala considera que la multa impuesta no desconoció el principio de proporcionalidad, ni carece de fundamentación en el análisis de los criterios para dosificar la sanción impuesta, por cuanto fue atribuida una

sanción correspondiente a la conducta infractora investigada, pues se comprobó que el proveedor de servicios vulneró lo dispuesto en el Régimen de protección de los derechos de los usuarios y por tanto no hubo un indebido ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio (traducido en una desviación del poder o falsa motivación de los actos administrativos), y al haberse observado a cabalidad el principio de proporcionalidad entre las faltas y las sanciones en la investigación administrativa iniciada contra la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., se despacharán desfavorablemente los cargos con los que se pretendía controvertir la legalidad de las resoluciones N°59335 del 30 de septiembre de 2014, 65433 del 22 de septiembre de 2015 y 83905 del 27 de octubre de 2015. En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia, y se denegarán las pretensiones de la demanda.

3.5. Condena en Costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

En virtud de lo anterior, y habida consideración que en el artículo 365, numeral 1 del Código General del Proceso se señala que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) que haya propuesto”* y en el N°4 *Ibidem* se dispone que *“cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*, resulta procedente condenar en costas a la entidad demandante, Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. No obstante, se ordenará que su liquidación sea realizada por el juzgado de origen en atención a lo dispuesto en el artículo 366 *ibidem* que indica que *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior”*.

Al respecto, se torna pertinente traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-157 de 2013:

“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como

*una sanción en su contra*¹³.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR en su integridad la Sentencia del 25 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. contra la Superintendencia de Industria y Comercio, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Por Secretaría remitir el expediente al Juzgado de origen para que liquide las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el N°1 y 3 del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013, MP. Mauricio González Cuervo