

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D. C., doce (12) de mayo del año dos mil dieciséis (2016).

Magistrado Ponente:	OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente:	No. 11001-33-34-001-2014-00100-01
Actor:	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP (ETB)
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 27 de agosto del 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (fls. 319 a 332 vltos. cdno. No. 1), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"PRIMERO.- NEGAR todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en la instancia de conformidad con el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO.- Una vez ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría Líquidese la cuenta de gastos del proceso y devuélvanse los remanentes (si hubieren) a la parte actora.

CUARTO: ARCHÍVESE el Expediente previa ejecutoria de esta Sentencia.

QUINTO: Esta decisión se notifica de conformidad al artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011." (fls. 331 vlto. y 332 cdno. No. 1 – negrillas y mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el día 13 de mayo del año 2014, en la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos de Bogotá, la Empresa

de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB), actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 142 a 155 cdno. No. 1), con las siguientes pretensiones:

"I - PRETENSIONES PRINCIPALES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

1.1 Que se declare la nulidad de los actos administrativos expresados en las siguientes Resoluciones:

- Resolución No. N° 39416 del 28 de junio de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, a través de la cual resolvió imponer a **ETB S.A. ESP** una sanción por la suma de **VEINTICUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$24.169.500⁰⁰)**, equivalentes a cincuenta (41) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Resolución No. 35080 del 31 de (sic) mayo de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición, y decidió no reponer la Resolución No. N° 39416 del 28 de junio de 2013. Así mismo, resolvió conceder el recurso de apelación ante el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor.
- Resolución No. 46118 del 31 de julio de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor, por la cual, se resolvió el recurso de apelación y se decidió confirmar la Resolución No. N° 39416 del 28 de junio de 2013. Así mismo, indicó que contra la presente resolución no procedía recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

1.2 En consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a **ETB S.A. ESP** el pago realizado de la sanción (multa) impuesta mediante los actos administrativos demandados.

II - PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de no conceder la nulidad de las resoluciones números ° 39416 del 28 de junio de 2013; 56306 del 26 de septiembre de 2013 y 69568 del 26 de noviembre de 2013, se declare la violación al debido proceso por parte del ente sancionador y se ordene conmutar la sanción impuesta a la **ETB S.A. ESP**; si es

del caso, por una diferente a la pecuniaria, y proceder a devolver el pago realizado." (fls. 143 y 144 cdno. No. 1 - mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

2) Efectuado el respectivo reparto correspondió el conocimiento de la acción de la referencia al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (fl. 156 *ibídem*).

2. Hechos

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

1) La Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de servicios de comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 5544 del 22 de febrero del 2013, decidió iniciar una investigación administrativa mediante formulación de cargos (Expediente 13-1771), con motivo de la denuncia presentada por la señora Natalia Baquero, en calidad de Representante Legal de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTÉTICA, con motivo de unas peticiones presentadas ante la ETB S.A. ESP los días 21 de septiembre, 29 de octubre y 26 de noviembre del año 2012 con el fin de solicitarle al operador del servicio de telefonía:

A. El ajuste del monto cobrado en la facturación de cada uno de los meses reclamados (agosto, septiembre y octubre de 2012), toda vez que el proveedor estaba facturando la prestación del servicio del servicio de telefonía ilimitada local no residencial, siendo que el plan contratado por la usuaria era el de 220 minutos a destinos locales.

B. Corrección del problema de facturación de los servicios contratados por la usuaria y prestados por la investigada, para que en la factura efectivamente aparezca relacionado el servicio de 220 minutos a destinos locales, y no el de telefonía ilimitada local no residencial."

2) La ETB S.A. ESP, presentó descargos el día 14 de abril de 2013, frente a la formulación realizada por la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

3) La Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones mediante la Resolución número 39416 del 28 de junio del 2013, resolvió imponer a la ETB S.A. ESP una sanción por la suma de veinticuatro millones ciento sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$24'169.500), equivalentes a 41 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4) La ETB S.A. ESP interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de la resolución sancionatoria, con el fin de solicitar la revocatoria integral del acto administrativo.

5) La Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, mediante la Resolución número 56306 del 26 de septiembre del 2013, resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar integralmente la Resolución sancionatoria.

6) La Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor, profirió la Resolución No. 69568 del día 26 de noviembre del 2013, por la cual resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución No. 39416 del 28 de junio de 2013.

3. Los cargos de la demanda

La solicitud de nulidad de las Resoluciones Nos.: 39416 del 28 de junio de 2013, 56306 del 26 de septiembre del 2013 y 69568 del día 26 de noviembre del 2013, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio se sustentó en los siguientes cargos:

3.1 Infracción de las normas en que debería fundarse el acto – Vulneración del artículo 65 de la Ley 1341 del 2009

La parte actora sustentó el cargo manifestando lo siguiente:

1) La SIC no señaló cuál fue el criterio tenido en cuenta al imponer la sanción pecuniaria en contra de la ETB S.A ESP, limitándose a indicar de manera retórica que como consecuencia de lo previsto en la ley 1341 de 2009, se le impondrá a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional de veinticuatro millones ciento sesenta y nueve mil quinientos pesos, equivalente a (41) salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto al que se llega luego de analizar la naturaleza de la infracción.

2) En virtud del principio de reserva de la ley, las infracciones y sanciones deben estar previstas en texto legal expreso, máxime cuando la imposición sancionatoria afecte el patrimonio de los administrados.

3) Advirtió que los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, disponen las sanciones con las que cuenta la SIC para apoyar su función de inspección y vigilancia, e igualmente se establecen los criterios para la definición de las sanciones.

En ese sentido, la SIC puede optar por una serie de posibilidades frente a las sanciones que impone, sin embargo la entidad debe ponderar las mismas de conformidad con la naturaleza y gravedad de la falta y otros criterios legales que allí se expresan, es decir, la sanción debe ser proporcionada al comportamiento del infractor.

4) La Ley 1341 de 2009, facultó a la SIC para imponer sanciones a sus vigilados señalando un tope máximo y así mismo indicó los factores que debe considerar al momento de ponderar la sanción, que son la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Indicó que luego de analizar lo expuesto en la parte motiva de los actos acusados, se observa que la SIC incurrió en una falsa valoración de las razones de hecho y de derecho que la motivaron a imponer la sanción caprichosamente a la ETB S.A ESP, puesto que al decidir graduar la sanción, no hace alusión a ninguno de los factores objetivos para su graduación, es decir, que no explica por qué con la supuesta inatención de la PQR (petición, queja, reclamo o recurso) la investigada incurre en una falta grave, ni cuál fue el daño producido, ni las razones objetivas que lo motivaron a imponer la sanción con fundamento en el factor de reincidencia y cuál es la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

5) En el presente asunto, se evidenció que la SIC actuó sin tener en consideración las circunstancias de hecho y de derecho que corresponden en cada caso, desconociendo lo expuesto por la Corte Constitucional, al considerar que los actos administrativos deben ser debidamente motivados.

6) Agregó, que la fijación del importe de la multa obedece a criterios discrecionales de la administración, según motivación que se inserta en la parte expositiva del acto en la que se señala erróneamente que, se encuentra de acuerdo a los parámetros que la ley fija.

La SIC se limita a señalar como fundamento jurídico para aplicar la sanción el artículo 65 de la ley 1341 de 2009, sin incluir la valoración de los criterios como: 1) la gravedad de la falta, 2) el daño producido, 3) la reincidencia en la comisión de los hechos, 4) la proporcionalidad entre la falta y la sanción. En consecuencia, con la imposición de la multa la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en infracción de las normas en que debía fundarse el acto al no observar la proporcionalidad de la sanción, lo que constituye que se encuentre probado las causales de falsa motivación, violación directa de la ley, abuso del poder sancionador y abuso del derecho, razones para declarar la nulidad del acto aquí demandado.

3.2 Desconocimiento de la aplicación del Precedente Administrativo. Confianza legítima.

Frente a este motivo de censura la sociedad actora argumentó lo siguiente:

1) Indicó que, al verificar el valor la decisión sancionatoria demandada se observa que la SIC desconoció el precedente administrativo que se encuentra establecido en el artículo 10 del C.P.A.C.A., en concordancia con el principio de la buena y de la confianza legítima que se encuentra establecido en el artículo 83 de la Constitución.

El principio de confianza legítima prohíbe a las autoridades públicas contravenir sus actuaciones precedentes y defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

2) Argumentó que, la Superintendencia cambió inexplicablemente las circunstancias fácticas y probatorias, en cuanto a la publicidad de la respuesta otorgada al usuario allegada como prueba para lograr el esclarecimiento de debate.

3) No comparte la motivación de la SIC, según la cual, operó el silencio administrativo positivo, por cuanto, la respuesta a la usuaria se generó oportunamente, lo cual se encuentra demostrado, permitiendo que por aplicación de la buena fe no fuera impuesta sanción alguna a la ETB ESP S.A.

El derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 de la Constitución, es un derecho aplicable a cualquier procedimiento sancionador.

3.3 Indebida aplicación del Principio de carga dinámica de la prueba.

La parte actora sustentó el cargo manifestando lo siguiente:

1) Indicó que el principio de la carga dinámica de la prueba, se predica de los procesos dispositivos donde las partes se reparten la carga probatoria, mientras que el proceso administrativo sancionatorio es de carácter inquisitivo, donde solo hay una parte, la administración, quien eleva una imputación de carácter formal, y el denunciante no es parte sino un tercero interesado.

En los procesos sancionatorios, se encuentra establecida la presunción de inocencia, salvo disposición expresa del legislador, por lo que no hay supuestos de responsabilidad objetiva de manera directa.

2) Estableció que, en el presente asunto la carga probatoria corresponde a la autoridad administrativa y no al investigado, es decir que, las pruebas obrantes dentro del proceso se deben a iniciativa de la autoridad administrativa por ser un proceso inquisitivo.

No obstante, sin justificación alguna, la SIC traslada la carga de la prueba a la ETB S.A. ESP, conllevando a una errada interpretación del procedimiento administrativo sancionador, vulnerando el debido proceso consagrado en la Constitución.

3) Adujo que, la entidad demandada no tuvo en cuenta las circunstancias favorables de la ETB ESP S.A., para resolver el asunto; en efecto, la Ley 1437 de 2011 ordena que al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Así mismo, el artículo 44 del C.P.A.C.A. indica que el contenido de una decisión de carácter general o particular que sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. No obstante la SIC desconoció estos presupuestos legales y constitucionales.

4. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda el día 1º de septiembre del año 2014 (fls. 225 a 239 cdno. No. 1) con oposición a las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes planteamientos:

1) En el presente asunto, con la expedición de las resoluciones demandadas, no se incurrió en violación de normas constitucionales y legales alegadas por la empresa actora, puesto que fueron expedidas por la autoridad competente, observando las formalidades y trámites establecidos en la ley con el único fin de proteger y restablecer los derechos de la usuaria Natalia Baquero, en su calidad de consumidora de los servicios de comunicaciones.

2) En lo referente a la sanción impuesta, esta entidad cuenta con la potestad sancionadora de la Administración que está dentro de sus competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen, pues es indudable que si un órgano tiene la potestad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general al momento de evidenciar el incumplimiento de lo ordenado se debe establecer las asignaciones pertinentes de las sanciones a que diera lugar con el fin de hacer respetar el ordenamiento jurídico.

3) En los actos acusados la SIC concluyó que la conducta de la sociedad demandante daba lugar a la aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, por haber

incurrido en la infracción contemplada en el numeral 12 del artículo 64 *ibidem*, consistente en cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, razón por la cual, no puede alegarse de modo alguno que los actos administrativos objeto del presente proceso están viciados por falta de motivación y proporcionalidad de la sanción impuesta, en la medida que el sentido y motivo de la decisión sancionatoria fue expuesta con claridad, probada y soportada en la normatividad que rige la materia.

4) La graduación de la sanción que la Superintendencia efectúa en virtud de la facultad sancionatoria legalmente otorgada, obedece principalmente a una facultad discrecional que no es absoluta, es decir, que no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular se define teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para ello, en el caso que nos ocupa, tiene su fundamento en lo señalado en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En ejercicio de la facultad discrecional de la Superintendencia, se realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción teniendo en cuenta los extremos máximos y mínimos previstos en el artículo 65 de la Ley 1341 del 2009, que define los rangos en relación con la naturaleza de la infracción.

5) La motivación de la sanción impuesta a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB), fue basada en que no se dio una respuesta adecuada, completa y eficiente a las peticiones presentadas por la usuaria, lo cual claramente vulnera el derecho que tenía la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 del 2009.

Lo anterior es una causa clara y precisa para imponer una sanción pecuniaria, dado que con las actuaciones realizadas por la empresa

demandante se vulneran los derechos de los usuarios en el caso presente de la señora Natalia Baquero, es por eso que la sanción impuesta obedece a la naturaleza de la infracción, la gravedad de la falta y la proporcionalidad, conforme a lo estipulado en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

6) Al dar cumplimiento de los criterios establecidos en los artículos 65 y 66 de la ley 1341 de 2009, conllevaron a la SIC a imponer la sanción pecuniaria, así como los hechos constitutivos de la infracción de la ley y las pruebas que reposan en el expediente administrativo.

7) De igual manera, se establece que la sanción no es desproporcionada teniendo en cuenta que se evidenció una clara violación a los derechos del usuario, de conformidad con la dosimetría de la sanción que se encuentra en el rango previsto en el artículo 81 numeral 2º de la Ley 142 de 1994, que establece que las multas pueden ser hasta por el equivalente a 2000 smlmv.

8) El no haber dado una respuesta adecuada a las pretensiones de la usuaria en la corrección de la facturación, vulneró el derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, operando de esta manera el silencio administrativo positivo, motivo por el cual la SIC impuso a la ETB S.A., una sanción pecuniaria por 41 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

9) En cuanto a la graduación de la sanción se encuentran criterios definidos legalmente en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por lo que, la valoración se efectuó de conformidad con los rangos allí establecidos teniendo en cuenta los criterios de (i) gravedad de la falta, (ii) el daño producido, (iii) la reincidencia, y (iv) la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

10) La sanción debía responder a la gravedad del hecho y en especial, al incumplimiento de las disposiciones legales, por lo que en ningún

momento se ha apartado la SIC de los límites previstos por lo que no existen fundamentos para alegar error en la dosimetría; en efecto, al tratarse de una conducta reiterativa, la sanción puede variar, de lo contrario el legislador no habría consignado la reincidencia en la conducta, como criterio para la dosificación y agravación de la sanción.

11) Respecto a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de consumo, resulta necesario señalar que la misma resultaba absolutamente aplicable al asunto, pues siendo la ETB S.A. la que manifestó que dio respuesta a las peticiones de la usuaria, era la parte que estaba en mejor condición de probar los hechos y controvertirlos dentro de la vía gubernativa.

12) No comparte la manifestación de la demanda, según la cual, se está desconociendo el precedente administrativo que se encuentra establecido en el artículo 10 de la Ley 1437 del 2011, por cuanto, al cambiar las circunstancias fácticas y probatorias en cuanto a la publicidad de la respuesta otorgada a la usuaria, de conformidad con el material probatorio para lograr el esclarecimiento del cuestionamiento, se advierte que es través de la imputación de cargos que se formuló en la investigación administrativa con fundamento en que opero silencio administrativo positivo, que se dio respuesta adecuada pero parcial a las solicitudes de la usuaria Natalia Baquero.

5. La sentencia de primera instancia

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron los siguientes:

1) Evidenció que, teniendo en cuenta la facultad de vigilancia y control atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de lo previsto en los artículos 63 y 64 de la Ley 1341 del 2009, el artículo 40 del Decreto 1130 del 29 de junio de 1999, los numerales 2º y 3º del artículo 10 del Decreto 3523 del 15 de septiembre de 2009, modificado

por el artículo 6º del Decreto 1687 de 2010, como ente de inspección, control y vigilancia de las empresas predadoras de los servicios de comunicaciones, fue iniciada investigación administrativa en contra de la ETB ESP S.A., por infracción al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

En atención a que no se reglamentó el procedimiento frente al manejo y carga probatoria, se debe acudir a lo estipulado en la Ley 1437 de 2011, sin embargo, tampoco se encuentra previsto lo pertinente, por lo que, habría que darse aplicación a lo previsto en los artículos 211 y 306 de la Ley 1437 de 2011, que remiten al Código de Procedimiento Civil, derogado por el Código General del Proceso; pero en lo pertinente, conservó vigencia hasta el 31 de diciembre del 2013, y en consecuencia, es aquella norma aplicable al caso en particular.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, estableció que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Manifestó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien alegue como supuesto fáctico una hecho notorio, afirmación o negación indefinida no tendrá la carga de probar tal sino que ésta será invertida a la contra parte para que teniendo la capacidad de probar, demuestre que tal suceso indeterminable en el tiempo y espacio sí ocurrió y con ello desvirtuarlo.

Advirtió el Juez Primero Administrativo de Oralidad que, una vez revisados los antecedentes administrativos allegados, en el presente asunto el hecho generador del ejercicio de la facultad sancionatoria por parte de la superintendencia, se trató de una omisión de la sociedad proveedora de cumplir con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, esto es, dar respuesta a la petición o reclamo de la usuaria que fue reiterada en 3 oportunidades, de manera clara, precisa, y que resolviera de fondo la inquietud de la petición, por lo que, al ser una omisión, se trató entonces, de una situación indeterminable en el tiempo

y espacio, de conformidad con lo prescrito en el artículo 177 del C.P.C., no debe ser probada por quien la alega, sino que en virtud de la carga dinámica de la prueba, es la persona en quien recae esa omisión quien tiene la capacidad y potestad de desvirtuarla, probando que no existió la misma, al haber ejecutado la acción o diligencia correspondiente que permitió la existencia real de un hecho que desapareciera su ausencia de intervención frente a esta situación en específico y que si dejaría evidencia palpable.

La sociedad ETB S.A. ESP, tenía la capacidad de probar que sí emitió respuesta clara, precisa, que resolviese de fondo la petición de inconformidad de la sociedad usuaria frente al servicio prestado y la facturación, por lo que, se concluye que no existió vulneración a la disposición de la carga de la prueba.

2) Determinó que, dada la comisión de la conducta sancionada, esto es, de no haber dado respuesta en los términos previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, se tiene por cierto que la sociedad demandante, aunque dio respuesta dentro del término legal a las peticiones presentadas los días 21 de septiembre, 29 de octubre y 26 de noviembre del 2012, lo hizo sin que se manifestara de manera clara y precisa sobre la solicitud de corrección de la facturación, por lo que era procedente que la entidad demandada impusiera sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Al imponerse la sanción en 41 smmlv, encontrándose en el mínimo de una quinta (1/5) parte de la máxima establecida por el legislador, la autoridad administrativa motivó su decisión considerando la gravedad de la falta, entre otros criterios. Por lo que se evidenció que, evaluada la conducta objeto de reproche, 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, 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.

Es así como, la SIC efectuó su valoración de conformidad con los rangos fijados por la normas y teniendo en cuenta los criterios de la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia y la proporcionalidad entre la falta y la sanción, encontrando que existe una clara reincidencia en el actuar del proveedor que consiste en no dar respuestas oportunas y adecuadas a las quejas, reclamos y peticiones de sus usuarios.

3) Finalmente adujo que, no existió vulneración al principio de confianza legítima, así como a disposición legal o procedimental que rija los procedimientos sancionatorios administrativos, por cuanto, la parte demandante no logró demostrar que la entidad demandada haya creado una confianza en los operadores del servicios de telecomunicaciones que haya llevado a desobedecer u omitir la instrucción legal de atender las peticiones de manera clara, precisa y congruente con la inquietud o inconformidad surgida a los usuarios de comunicaciones.

En conclusión, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados, por lo que, los cargos argumentados por la sociedad demandante no tienen vocación de prosperar.

6. El recurso de apelación

La empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 337 a 343 cdno. No. 1), que fue concedido por el *a quo* mediante auto del 22 de septiembre de 2015 (fl. 345 *ibidem*), apelación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) La solicitud de nulidad de los actos demandados, encuentra pleno respaldo fáctico, probatorio y jurídico, por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en vulneración del debido proceso, por

infracción de las normas en que debía fundarse y falta de motivación del acto sancionatorio, lo que conllevó a la transgresión de los principios de legalidad y tipicidad.

Manifestó que la SIC vulneró el derecho al debido proceso por una indebida formulación de cargos, al no haberse indicado con claridad la norma infringida sobre la cual se fundamentó la sanción. En efecto, los procedimientos que se deben adelantar para decidir la actuación administrativa deben estar expresa y claramente definidos en la ley, en virtud del principio de legalidad y de esta forma evitar arbitrariedades.

El derecho al debido proceso trae inmerso el principio de tipicidad como un elemento estructural del mismo, exige que la norma que se va a imputar como infringida determine con claridad y precisión la conducta o el hecho objeto de reproche y su respectiva sanción a imponerse.

La Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad administrativa, está obligada a precisar la norma incumplida por la ETB S.A. ESP, y en consecuencia, con fundamento en la Resolución CRC 3066 de 2011 que contiene el procedimiento, derechos y deberes se pudieran imputar sea objeto de sanción, circunstancia que no ocurrió en el presente caso.

En caso de considerar que hubo un incumplimiento a la favorabilidad otorgada por el usuario, la SIC debió formular cargos por infringir las disposiciones contenidas en los artículos 39 y 49 de la Resolución 3066 de 2011, en concordancia con el numeral 12º del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, teniendo en cuenta que estas normas son las que establecen la obligación de responder las solicitudes y el término que tiene el proveedor para dar cumplimiento a la decisión favorable otorgado al usuario. No obstante, la proposición jurídica de la formulación de cargos fue incompleta.

2) Cuando se trata de la aplicación de sanciones se debe respetar principalmente el debido proceso, al administrado, como quiera que, la verdad no se ha de averiguar a cualquier precio, es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

Toda infracción merecedora de sanción tiene una misma naturaleza, así como deben ser iguales las consecuencias, por lo que, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias.

La tipicidad como garantía del debido proceso contiene tres reglas que deben diferenciarse, así: la autoridad administrativa está sometida a: una garantía de *Lex Scripta*; a una garantía de *Lex Previa* y, a una garantía de *Lex Certa*. Lo anterior se traduce en que debe haber un procedimiento previamente tipificado, al cual se le otorgue una competencia administrativa de manera clara y su consecuente sanción.

En el caso presente, la SIC no logró desvirtuar la afirmación según la cual, los actos demandados vulneraron a la ETB S.A. ESP, el derecho fundamental al debido proceso, lo cual tiene fundamento en que, es evidente que omitió motivar su actuación desde el acto de formulación del pliego cargos, lo que es evidente, teniendo en cuenta que no realizó una apreciación conjunta de todas las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se enmarcó el comportamiento de la sociedad demandante, desconociendo los principios de la gravedad y lesividad de la conducta, el grado de diligencia utilizado y la dosimetría de la sanción.

La SIC omitió un correcto análisis de las causales de graduación de la sanción que le permitieran una correcta tipificación, como quiera que, en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 se establece que para imponer una sanción se debe tener en cuenta: i) La gravedad de la falta, ii) el daño producido, iii) La reincidencia en la comisión de los hechos y iv) la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En consecuencia de lo anterior, la dosimetría de la sanción depende en todo momento del análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se enmarca el comportamiento del infractor y, por ende, la decisión de la administración no solo debe tener en cuenta elementos que agraven su conducta sino también aquellos que lo atenúen.

Es evidente que el juez en la sentencia deduce de manera errada "(...) que la administración sí valoró los criterios establecidos por la norma, al manifestar que la multa fue el resultado de un incumplimiento normativo por parte de la actora, que generó la no atención oportuna de la petición de la usuaria y a su vez la vulneración del derecho fundamental de petición (...)", por cuanto, no puede entenderse que una simple manifestación de los hechos, baste para la valoración de los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

3) La sociedad demandante no comparte el análisis realizado en relación con el criterio de proporcionalidad, por cuanto no es de utilidad para demostrar la valoración del mismo afirmar que está contemplado en el numeral 4º del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, y que guarda estrecha relación con el artículo 44 del CPACA.

Con fundamento en lo manifestado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se verificó en las bases de información que, el área encargada efectuó la debida corrección en el proceso de facturación de la línea objeto del presente debate y actualmente se observan los ajustes efectuados al igual que, el cambio del plan en la facturación, es decir, que se modificó el plan ilimitado y se programó el plan 220 minutos, tal como lo solicitó la quejosa.

En desarrollo del principio al debido proceso, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio, sin justificación alguna, trasladó la carga de la prueba a la ETB S.A. ESP, conllevando una errada interpretación y a la confusión con un proceso de carácter dispositivo

*Expediente No. 110013334001201400100-01
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP
Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Apelación sentencia*

con un proceso de carácter inquisitivo, éste último aplicable al procedimiento administrativo sancionador, circunstancia que vulnera flagrantemente el debido proceso protegido constitucionalmente.

En consecuencia, deben ser declarados nulos los actos demandados por cuanto la SIC, al no ponderar y considerar las circunstancias favorables debidamente probadas por la ETB S.A. ESP, vulneró los principios del debido proceso.

Al respecto, la Ley 1437 de 2011 ordena al funcionario que, al resolver los asuntos de su competencia, aplique las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Igualmente que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

7. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 12 de noviembre del año 2015 (fl. 8 cdno. ppal.), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido éste, por el mismo lapso, correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

En dicho término, las partes demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión reiterando lo dicho en la demanda y el recurso de apelación, así como en la contestación de la demanda (fls. 12 a 15 vltos. y 30 a 38 cdno. ppal.).

8. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Décima Judicial II delegada ante esta Corporación emitió su concepto el día 30 de noviembre del año 2015 (fls. 18 a 29 cdno. ppal.), manifestando en síntesis lo siguiente:

Considera que, la falta de motivación se advierte cuando los actos administrativos proferidos por las entidades públicas no cuentan con el sustento y justificación en cuanto a las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan y permitan al administrado evidenciar, sin lugar a duda, las razones y motivos que justifican su expedición.

La motivación del acto, entendida como la exposición de razones por las cuales la Administración toma una decisión sancionatoria no se advierte de manera categórica en los actos demandados, toda vez que se evidencia una clara divergencia entre la realidad fáctica, y disposiciones jurídicas con base en las cuales la SIC sancionó a ETB S.A. ESP.

En atención al artículo 29 de la Conciliación, el debido proceso no solo es aplicable a juicios y procedimientos judiciales, sino que se extiende más allá, a todas las actuaciones administrativas, tales como las realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consideró que las garantías procesales como lo es el debido proceso, se han respetado por la Superintendencia de Industria y Comercio ya que se otorgó el derecho a conocer el inicio de la actuación, al notificarse los actos administrativos adecuadamente como la parte demandante lo que permitió que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, tal como se evidencia en el trámite administrativo.

Contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, el ente supervisor precisó claramente la imputación fáctica, de conformidad con los tipos previstos en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, al establecerse un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, pues la administración fue clara al manifestar que la conducta censurada era contraria al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, la cual constituía una infracción de acuerdo a lo previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la misma regulación y que debía ser sancionada.

Por lo anteriormente expuesto, la Procuraduría considera que no le asiste razón al apelante y por lo tanto sugiere no acceder a las pretensiones de la misma, y en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 27 de agosto de 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) competencia del *ad quem*; 2) objeto de la controversia; 3) análisis de la apelación, y 4) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*.

Sobre el punto, cabe advertir que, dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se revoquen los actos administrativos demandados.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

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

"Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

¹ Acuerdo No. PSAA 15-10392 del 1º de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

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

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, igualmente no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único.

2. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de las Resoluciones Nos.: 39416 del 28 de junio de 2013, 56306 del 26 de septiembre del 2013 y 69568 del día 26 de noviembre del 2013, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), a través de las cuales se sancionó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP con multa por un valor de cuarenta y un (41) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondientes a la suma de veinticuatro millones ciento sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$24.169.500), por haber incurrido en la infracción contemplada en el numeral 12º del artículo 64 de la Ley 1341 del 2009, consistente en cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.

3. Análisis de la apelación

La sentencia apelada será confirmada por las razones que se exponen a continuación:

1) En primer lugar se advierte que, el argumento de la apelación referente a la presunta vulneración del debido proceso, por falta de motivación del acto sancionatorio, que conllevó a la presunta transgresión de los principios de legalidad y tipicidad, al no haberse indicado con claridad la norma infringida sobre la cual se fundamentó la sanción, es un nuevo cargo que no fue planteado en la demanda por tanto no es procedente su análisis en este momento porque se vulnerarían los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y derecho de defensa y contradicción de Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como entidad demandada, en tanto que esa entidad no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ese preciso aspecto.

En efecto, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en su escrito de apelación advirtió de manera adicional a los cargos de la demanda que, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), no determinó con claridad y precisión la conducta o el hecho objeto de reproche y su respectiva sanción a imponerse, que se encontrara previamente descrita en una norma aplicable al caso concreto, vulnerando el principio de tipicidad; argumento que no fue controvertido en el trámite de primera instancia, como quiera que no constituyó un cargo de la demanda presentada, por lo que, analizarlo en la presente instancia, vulneraría los derechos constitucionales de defensa y contradicción de la entidad demandada.

2) La sociedad demandante señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción referentes a la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la

proporcionalidad entre la falta y la sanción, parámetros que debieron ser analizados en su totalidad como se desprende de la lectura integral del artículo citado y del artículo 65 de la misma regulación.

En este caso en concreto la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a la parte actora mediante la Resolución no. 39416 del 28 de junio de 2013 con la imposición de una multa por la suma de \$24.169.500, por cuanto esta no logró probar el cumplimiento de las disposiciones legales o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, como quiera que no atendió oportuna y adecuadamente las peticiones elevadas por la señora Natalia Botero el 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el número 4848254, del 29 de octubre de 2012 radicada bajo el número 4927080 y del 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el número 4974563 (fls. 58 a 58 cdno. No. 1).

En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el acto sancionatorio advirtió lo siguiente:

"(...) En primer lugar, es preciso señalar que todas las peticiones presentadas por la quejosa ante el operador y debidamente reseñadas en su denuncia, es decir, la del 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el número 4848254; del 29 de octubre de 2012 radicada bajo el número 4927080 y del 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el número 4974563, todas presentadas por la señora Natalia Baquero en su calidad de Representante Legal de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTÉTICA, han confluído en efectuar las mismas solicitudes a la investigada, a saber:

- 1. El ajuste del monto cobrado en la facturación de cada uno de los meses reclamados (agosto, septiembre y octubre de 2012), toda vez que el proveedor estaba facturando la prestación del servicio del servicio de telefonía ilimitada local no residencial, siendo que el plan contratado por la usuaria era el de 220 minutos a destinos locales.*
- 2. Corrección del problema de facturación de los servicios contratados por la usuaria y prestados por la investigada, para que en la factura efectivamente aparezca relacionado el servicio de 220 minutos a destinos locales, y no el de telefonía ilimitada local no residencial."*

En la apertura de la investigación prevista en la Resolución no. 5544 del 22 de febrero del 2013, se pone de presente que se le informó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP lo siguiente:

"(...)

SEGUNDO: *Que el día 4 de enero de 2013, fue recibida en esta Superintendencia una comunicación presentada por la señora Natalia Baquero, representante legal de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA identificada con Nit. 900.440.912-4 través de la cual señaló que LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. no atendió oportuna y adecuadamente sus peticiones del 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el número 4848254; del 29 de octubre de 2012 radicada bajo el número 4927080 y del 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el número 4974563.*

TERCERO: *Que analizada la conducta descrita y de conformidad con las facultades administrativas otorgadas a esta Superintendencia por la Ley 1341 de 2009 y el artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, se inicia investigación para establecer si operó el silencio administrativo positivo a favor del usuario y si existe transgresión a la norma citada para imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 con fundamento en las siguientes imputaciones:*

(...)” (fls. 7 y 8 vltos. cdno. antecedentes administrativos)

Igualmente, del desarrollo de la investigación administrativa se pudo determinar, el incumplimiento del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, como quiera que no se dio respuesta oportuna y eficiente de las peticiones presentadas por la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA identificada con Nit. 900.440.912-4, presentadas los días 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el No. 4848254; 29 de octubre de 2012 radicada bajo el No. 4927080 y 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el No. 4974563, lo cual se traduce en la no garantía efectiva de los derechos del usuario del servicio, como se advierte del acto sancionatorio en el siguiente sentido:

"Ahora bien, la investigada por su parte afirmó, en su escrito de descargos, que a todas y cada una de las peticiones radicadas por el usuario en las fechas indicadas en el considerando primero de la presente resolución, le brindó respuesta oportuna y adecuada, de la siguiente forma:

En el caso de la petición del 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el número 4848254, se brindó respuesta por medio telefónico, en la que se le indicó al usuario que erróneamente se generaron cobros por plan ilimitado, cuando ha debido generarse cobro por el plan de 220 minutos. En ese sentido, generó los ajustes pertinentes en la factura del mes de septiembre de 2012 de la línea de la usuaria por valor de \$80.610 IVA Incluido, quedando un cobro pendiente por valor de 30.160 IVA Incluido, el cual fue pagado el 2 de noviembre de 2012. Para el efecto allegó los soportes probatorios que permiten acreditar que en efecto los términos de la respuesta fueron los aquí indicados.

En lo atinente a la petición del 29 de octubre de 2012 con número de radicado 4927080, la investigada manifestó que al generarse erróneamente cobro en la factura por servicio de telefonía ilimitada, procedió a realizar los ajustes pertinentes en la facturación, enunciados en el inciso anterior para el mes de septiembre de 2012.

Finalmente, respecto de la petición del 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el número 4974563, la investigada allegó pantallazo de su sistema de trámites, en donde se evidencia que esta última le respondió a la usuaria a través del medio telefónico que "hemos realizado el respectivo ajuste por un valor de 80.610,00 IVA Incluido que fue descontado definitivamente de su facturación."

En estas condiciones, se puede verificar que en ninguna de las respuestas brindadas por la sociedad investigada, se evidencia que se hiciera relación a la solicitud del usuario de corrección de la facturación, siendo esta una de las dos pretensiones invocadas por el quejoso. En efecto, el usuario en su denuncia manifestó con total claridad que no solo pretendía que se corrigieran los valores cobrados de manera equivocada, sino que se corrigiera la facturación hacia adelante, para que solo se le cobrara el servicio contratado, esto es, el de 220 minutos a destinos locales, y no el de telefonía ilimitada.

Así las cosas, una vez analizadas tanto las peticiones, como las respuestas brindadas a cada una de estas, este Despacho considera que no se dio una respuesta adecuada a la pretensión de corrección en la facturación, puesto que a partir de la repetición en el tiempo de la solicitud, y efectuando un sencillo análisis de las respuestas brindadas por el operador, se verifica, tal como se ha manifestado, que el proveedor de servicios de comunicaciones nunca dio respuesta a esta solicitud elevada dentro de las peticiones; y no solo no respondió, sino que tampoco ha tomado las medidas tendientes a corregir el error de facturación denunciado por el quejoso.

En este orden de ideas, éste Despacho encuentra procedente declarar que operó el silencio administrativo positivo respecto de las peticiones del 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el número 4848254, del 29 de octubre de 2012 radicada bajo el número 4927080 y del 26 de noviembre de 2012 radicada bajo el número 4974563, toda vez que no se dio una respuesta adecuada

a las mismas, es decir congruente con lo solicitado, motivo por el cual habrá de ordenarse a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P que atienda favorablemente la pretensión allí contenida, tendiente a la corrección definitiva del esquema de facturación.

No puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que, tratándose de la atención de peticiones, quejas y recursos en materia de servicios de telecomunicaciones, son aplicables, sin excepción, la totalidad de las premisas que rigen el derecho de petición.

Resulta innegable, entonces, que la respuesta que se dé a una petición, queja o reclamo por parte del operador" debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario."

Se pone de presente que, tal como lo manifiesta la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto demandado, el presente asunto la sociedad actora fue sancionada por infringir el artículo 54 de la ley 1341 de 2009, "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones", cuyo texto es el que sigue:

"ARTÍCULO 54. RECURSOS. Proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice el proveedor de servicios. El recurso de apelación lo resolverá la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control en materia de usuarios. **Las solicitudes de los usuarios, así como los recursos de reposición y apelación, deberán resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recibo por el proveedor, o su interposición o recibo en la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control, respectivamente.**

Este término podrá ampliarse por uno igual para la práctica de pruebas, de ser necesarias, previa motivación. **Transcurrido dicho término, sin que se hubiere resuelto la solicitud o el recurso de reposición por parte del proveedor, operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo y se entenderá que la solicitud, reclamación o recurso ha sido resuelto en forma favorable al usuario.**

El recurso de apelación, en los casos que proceda de conformidad con la ley, será presentado de manera subsidiaria y simultánea al de reposición, a fin que, si la decisión del recurso de reposición es desfavorable al suscriptor o usuario, el

proveedor lo remita a la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control para que esta resuelva el recurso de apelación. Siempre que el usuario presente ante el proveedor un recurso de reposición, este último deberá informarle en forma previa, expresa y verificable el derecho que tiene a interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición, para que en caso que la respuesta al recurso de reposición sea desfavorable a sus pretensiones, la autoridad competente decida de fondo."

Por su parte, el artículo 64 ibídem establece que constituye una infracción al ordenamiento cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, la norma en cita establece textualmente:

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

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones. (...)" (Negritas fuera de texto).

Para la Sala es claro que en el caso en estudio, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, infringió lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 del año 2009, como quiera que, dio respuesta parcial a los requerimientos de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA, al pronunciarse únicamente frente al ajuste cobrado en la facturación de los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2012 y guardar silencio respecto de la corrección de la facturación de los servicios contratados.

Así mismo, la Sala observa, como ya fue suficientemente explicado, el daño consistió en la no respuesta integral y oportuna por parte de la sociedad demandante de las peticiones de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA identificada con Nit. 900.440.912-4, presentadas los días 21 de septiembre de 2012 radicada bajo el No. 4848254; 29 de octubre de 2012 radicada bajo el No. 4927080 y 26 de noviembre de 2012 radicada

bajo el No. 4974563, lo cual se traduce en la no garantía efectiva de los derechos del usuario del servicio.

En lo que respecta a la gravedad de la falta esta se desprende del incumplimiento injustificado por parte del operador del término para resolver de manera efectiva y completa las peticiones elevadas por la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA y que vulnera los derechos de los usuarios del servicio de telecomunicaciones, además, debe tenerse en cuenta que la conducta ha sido reincidente, resaltándose por último que en lo que tiene que ver con la proporcionalidad entre la falta y la sanción de la motivación expuesta en los actos acusados se evidencia que la sanción impuesta tiene pleno respaldo en la norma contenida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que establece el monto máximo para las multas el cual es equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De igual manera, debe ponerse de presente que el valor de la multa impuesta ascendió a la suma de \$24.196.500, que constituye un bajo porcentaje del monto máximo legalmente fijado para ese tipo de conductas, por lo que no es cierto que la sanción sea desproporcionada y, por el contrario la decisión se ajusta en debida forma a la norma legal prevista en la medida en que el monto de la sanción impuesta no solo se enmarca en los límites posibles previstos en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009, sino que también resulta razonable y adecuado al contenido y alcance de la falta objeto de sanción.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la multa impuesta no desconoció el principio de proporcionalidad por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación, dado que se comprobó que la parte actora vulneró lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 del año 2009, es decir, el término con el que cuenta el proveedor del servicio de comunicaciones para dar respuesta a las peticiones, quejas o recursos de los usuarios, razones estas por demás

suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva.

Asimismo, cabe resaltar que la entidad demandada al momento de graduar la sanción tuvo en cuenta el hecho de que la sociedad demandante dio respuesta parcial a los requerimientos de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA, como quiera que únicamente se pronunció frente al ajuste cobrado en la facturación de los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2012, no obstante la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, guardó silencio respecto de la corrección de la facturación de los servicios contratados, tal como se advierte el acto administrativo que impuso la sanción (fls. 79 a 82 vltos. cdno. antecedentes administrativos).

Lo anotado evidencia que los actos administrativos demandados se encuentran debidamente motivados, sin que en momento alguno dentro de la actuación administrativa se haya desconocido el debido proceso, ni las demás causales anotadas en la apelación presentada por la ETB. S.A ESP; igualmente, se resalta que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio estuvo precedida de un debido procedimiento administrativo en donde se inició la investigación administrativa y se formularon los respectivos cargos, la entidad investigada tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a las imputaciones formuladas, presentando los correspondientes descargos, así como los recursos en la vía gubernativa frente a la sanción impuesta, imputaciones que finalmente no logró desvirtuar, lo que demuestra que la multa impuesta estuvo precedida del debido proceso administrativo con respeto de las garantías fundamentales de defensa y contradicción.

3) Afirma el apelante que la sanción impuesta no se ajustó a los principios de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en la norma, no obstante, se puede evidenciar que la decisión de la Superintendencia

de Industria y Comercio se encuentra debidamente fundamentada como se explica a continuación.

Como se había expresado anteriormente, el artículo 64 de la ley 1341 de 2009, establece que constituye una infracción al ordenamiento cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, en ese mismo sentido, los artículos 65 y 66 ibídem, preceptúan:

"ARTÍCULO 65. SANCIONES. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, **la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada**, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.

2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.

3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.

4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

"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." (Negrillas fuera de texto).

De conformidad con las normas transcritas, se tiene que si una persona natural o jurídica incumple o viola las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de

Expediente No. 110013334001201400100-01
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP
Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Apelación sentencia

telecomunicaciones será sancionada ya sea con amonestación, multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses, caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

La Sala advierte que, respecto de los argumentos de la apelación consistentes en la inconformidad de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., frente a la imposición de la sanción por parte de la SIC, por cuanto su tasación es desproporcionada y no se ajusta a los parámetros de dosimetría de las normas aplicables, no se advierte vulneración de las normas que regulan el trámite sancionatorio y la imposición y tasación de la multa, como quiera que se dio cumplimiento a lo establecido en la Ley 1341 del 2009 para el efecto.

Argumenta la sociedad actora que la SIC cambió el precedente administrativo por ella desarrollado en la imposición de la sanción puesto que la misma no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para el efecto, toda vez que, la sanción impuesta a ETB S.A ESP no está motivada y procedió a realizar dicha sanción de manera arbitraria, sin embargo la Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta con un carácter discrecional que la faculta para la imponer sanciones enmarcadas en la normatividad vigente, y dado que, en el presente asunto se demostró el incumplimiento de lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 del 2009, vulnerando los derechos de los usuarios, es claro que, contaba con la competencia para imponer la sanción correspondiente, con fundamento en las pruebas que se allegaron en el trámite administrativo respecto del asunto concreto.

En el presente asunto, la Sala observa que mediante la Resolución no. 39416 del 28 de junio del 2013 (fls. 79 a 81 vltos. cdno. antecedentes administrativos), la SIC al comprobar que efectivamente la sociedad actora no dio cumplimiento de manera oportuna a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, sancionó a la ETB S.A ESP por la

suma de veinticuatro millones ciento sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$24.169.500) equivalentes a cuarenta y un (41) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009, sanción que está muy por debajo del límite señalado en la norma antes mencionada.

Revisados los actos administrativos sancionatorios, se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que para la graduación de la sanción administrativa se tuvo en cuenta la naturaleza de la infracción y en particular el hecho concreto de la no contestación de manera oportuna y adecuada a la petición presentada por parte de la sociedad ECLAT MEDICINA ESTETICA, por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP que vulneró los derechos consagrados a favor de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

En ese orden, concluye la Sala que la Superintendencia de Industria y Comercio sustentó la imposición de la sanción luego de analizar la naturaleza de la infracción y el incumplimiento de las disposiciones legales por parte de la sociedad actora al no dar contestación a la petición impetrada, para el caso en concreto la SIC emitió los conceptos y Resoluciones con base en la Ley, que la faculta para emitir sanciones de carácter pecuniario, conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y que se evidencia que fueron utilizados de manera adecuada. Así mismo la demandante debió aportar las pruebas en las cuales se evidenciara que el monto de la sanción superaba los impuestos en casos similares, teniendo en cuenta que cada caso tiene diferentes parámetros de análisis, y que la sanción impuesta obedeció a las pruebas de la infracción cometida por la sociedad demandante, que conllevaron a su imposición y tasación respectiva.

En consecuencia, la sanción impuesta no fue desproporcionada, al contrario, obedeció a los criterios fijados por la norma, toda vez que la Resolución con la cual se sanciona a la sociedad, tiende a salvaguardar

los derechos de los usuarios y no se considera que deba reducirse, puesto que se encuentra dentro del rango anteriormente mencionado.

4) En consecuencia, como quiera que para la Sala la Superintendencia de Industria y Comercio interpretó las normas aplicables al caso concreto de manera adecuada y los fundamentos del recurrente no desvirtuaron la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, se impone confirmar la sentencia objeto del recurso de alzada.

4. Condena en costas

Ante la decisión de confirmar la sentencia adoptada por la jueza de primera instancia, y denegar parcialmente las pretensiones de la demanda, la Sala condenará en costas en esta instancia procesal a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, lo cual se hará de manera concentrada por el *a quo*, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011).

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia 27 de agosto del año 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Segundo. Condénase en costas en la instancia a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, las que serán **liquidadas** por

Expediente No. 110013334001201400100-01
Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP
Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Apelación sentencia

el *a quo*, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado