



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 11001-33-34-002-2019-00150-00
Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB
S.A. E.S.P.
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia, de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ha instaurado la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“Que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones:

- *La Resolución 7143 del 06 de febrero de 2018 por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso sanción pecuniaria a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. ESP. S.A. ESP., por la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$78.124.200) equivalentes a (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
- *La Resolución 28572 del 27 de abril de 2018, por la cual resolvió el Recurso de Reposición confirmando la Resolución 7143 del 06 de febrero de 2018.*
- *La Resolución 994 del 17 de enero de 2019, por la cual resolvió el Recurso de Apelación confirmando la Resolución 7143 del 06 de febrero de 2018 que a su vez fue confirmada por la Resolución 85572 del 27 de abril de 2018*
- *A título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. ESP. S.A. ESP., el pago efectuado por la multa impuesta en los actos administrativos demandados y debidamente indexada a la fecha de hacer efectiva la devolución del dinero.*
- *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO el juez ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, reintegrar a Empresa de*

Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. ESP. S.A. ESP., la suma de SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$78.124.200) equivalentes a (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes

- *A título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. ESP. S.A. ESP., el pago efectuado por la suma de (\$78.124.200) debidamente indexado a la fecha de hacer efectiva la devolución de lo pagado.*
- *Ordenar el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.*
- *La condena respectiva sea actualizada, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en la que Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB. S.A. ESP. S.A. ESP. Pagó a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.”*

2. Cargos

La parte demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos acusados, con sustento en los siguientes cargos de nulidad:

2.1. “Violación al debido proceso por caducidad de la facultad sancionatoria inciso 1º del artículo 52 del CPACA”.

Adujo que, la Superintendencia de industria y Comercio habría vulnerado el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto, dijo, la orden emitida en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014 fue cumplida por la ETB el 11 de febrero de 2015 y la Resolución 7143 del 6 de febrero de 2018, a través de la cual se impuso la sanción, habría sido notificada el 19 de febrero de 2018, por lo que, agregó, que transcurrieron más de 3 años de ocurrido el hecho.

En razón a lo anterior, señaló que operó la figura jurídica de la caducidad de la facultad sancionatoria que establece el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Agregó que, conforme a lo anterior, ocurrió la pérdida de competencia de la autoridad administrativa en relación a su poder sancionatorio, al haber transcurrido más de 3 años desde la configuración del hecho generador de la presunta infracción.

Precisó que, pese a esa irregularidad, se remitió a la actora la notificación por aviso, el día 15 de junio de 2018.

2.2. “Violación al debido proceso y al principio de legalidad por falsa motivación del acto e indebida valoración de la prueba”.

Expuso que, para el caso en cuestión, las pruebas allegadas al proceso demostrarían el cumplimiento oportuno de los deberes de la entidad

demandante, ordenados en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014.

Agregó que, resulta errado afirmar por la demandada que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. obedeció a la orden de forma extemporánea, pues, dijo, la usuaria conoció de tal cumplimiento con los documentos CUN No. 4347-14-000741769 del 11 y 19 de febrero de 2015.

2.3. “Violación del debido proceso por omisión a la investigación preliminar”.

Sostuvo que la Superintendencia demandada tuvo la obligación de agotar todas las averiguaciones preliminares que pudieran establecer dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio. Sin embargo, dijo, dicha entidad omitió una de las etapas procedimentales, por lo que, concluyó que, los actos estarían viciados de nulidad.

Aseguró que esa superintendencia tenía el deber de informar a la actora sobre el inicio de la indagación preliminar. Lo anterior, dijo, para que la sociedad demandante pudiera ejercer su derecho de defensa.

2.4. “Violación a la naturaleza jurídica del proceso sancionatorio adelantado por la SIC e indebida formulación del pliego de cargos”

Aseveró que, la Superintendencia demandada no se encontraba facultada para sancionar a la ETB por la trasgresión del numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto, dijo, dicha función o competencia le corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC, tal como lo establece el Título IX del Régimen de Infracciones y Sanciones.

Indicó que, conforme a lo anterior, la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra incurso en un vicio grave por carecer de facultades para imponer la sanción cuestionada a la sociedad demandante.

Sostuvo que la Superintendencia demandada desconoció lo dispuesto en el artículo 66 de Ley 1341 de 2009, por cuanto no habría valorado los criterios que establecidos en dicha norma y además, no explicó la valoración de tales criterios que por mandato legal debió realizar, por tanto, concluyó que dicha omisión genera un vicio de nulidad por indebida imputación.

2.5. “Desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción. Violación del principio de legalidad.”

Señaló que la entidad demandada desconoció el principio de proporcionalidad, por cuanto, dijo, para imponer una sanción se debe realizar un análisis de los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Agregó que el numeral 4 de la referida norma consagra una serie de principios que se deben tener en cuenta para racionalizar la sanción, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Concluyó que la Superintendencia demandada habría desconocido lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, al no valorarlos criterios establecidos y no explicar la valoración de todos y cada uno de ellos.

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio se opuso a la prosperidad de las pretensiones planteadas en la demanda y, en consecuencia, solicitó fueran negadas, al considerar que las resoluciones demandadas se ajustan a derecho y a las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Enunció que, la documentación obrante en el expediente 15-52371, permite concluir que la referida Superintendencia se ajustó plenamente al trámite administrativo previsto, como quiera que se habría garantizado el debido proceso y el derecho de defensa a la parte actora.

Esgrimió, en cuanto a los criterios para la definición de sanciones la entidad accionada explicó tales criterios de dosificación a través de la cuales se impuso la sanción.

Arguyó que se estableció que la sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. dio cumplimiento a la orden impartida en la Resolución No. 71670 del 28 de noviembre de 2014, de manera extemporánea, razón por la cual su conducta configuró el hecho establecido en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Agregó que, en virtud de lo mencionado, debía imponerse una sanción, con sujeción a los criterios legales y reglamentarios fijados para la determinación y dosificación de la sanción.

Manifestó, en lo atinente a la desproporcionalidad de la sanción alegada por la actora, la administración tiene un margen de discrecionalidad en la adopción de sus decisiones. Pues, dijo, una vez se evidenció la existencia de una conducta que se enmarca dentro de los supuestos derecho y derecho, se determinó la imposición de la sanción con sujeción a los criterios de gravedad de la falta y la proporcionalidad y razonabilidad que la misma norma estableció.

Explicó que, la sanción se impuso en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que, dijo, no es desorbitante cuando el máximo permitido es de 2000 salarios.

4. Actividad procesal

El 25 de junio de 2019, fue admitida la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor (fol. 111 cuaderno principal).

El 29 de octubre de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda (fol. 125 a 134 cuaderno principal).

El 24 de septiembre de 2020, se celebró audiencia inicial, en la que se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, razón por la cual se ordenó la presentación de los alegatos de conclusión por escrito (fol. 141 a 143 cuaderno principal).

5. Alegatos de conclusión

Tanto la actora como la entidad demandada presentaron sus alegatos de conclusión, en los que ratificaron lo expuesto en la demanda y su contestación, respectivamente (fol. 152 a 160 y 162 a 163, respectivamente).

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causa de nulidad que invalide las actuaciones surgidas hasta la fecha, se procederá a dictar sentencia dentro de la demanda promovida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio. Para cuyo propósito se tendrá en cuenta el siguiente derrotero: i) problemas jurídicos planteados; ii) conclusiones; y iii) condena en costas.

1. Problemas jurídicos

Tal y como fue establecido en la audiencia inicial del 24 de septiembre de 2020, las cuestiones a resolver, por este Despacho, se contraen a las siguientes preguntas:

-¿Desconoció, la Superintendencia de Industria y Comercio, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, por haber proferido y notificado la Resolución que impuso la sanción, con posterioridad al término de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia de los hechos?

-¿Expidió, la Superintendencia demandada, las resoluciones acusadas de nulidad con falsa motivación, como quiera que presuntamente habría realizado una indebida valoración de las pruebas?

-¿Ignoró, la autoridad administrativa demandada, el debido proceso por cuanto, habría omitido la investigación preliminar?

-¿Omitió, la autoridad administrativa, en la imputación jurídica, realizar la remisión expresa a la norma que contempla la infracción objeto de la sanción que, según el actor, es el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009?

-¿Inobservó, la entidad demandada, el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto, no habría valorado los criterios establecidos en dicha norma para imponer la sanción?

-¿Infringió, el ente demandado, con la expedición de los actos administrativos demandados, el principio de proporcionalidad, como quiera que no habría realizado un análisis de los hechos que sirvieron de sustento en la actuación administrativa?

Así, debe, esta instancia, analizar la prosperidad de los cargos formulados por la parte censora, contenidos en la fijación del litigio, acorde con los antecedentes administrativos que contextualizaron la imposición de la sanción objeto de discusión.

1.1. -¿Desconoció, la Superintendencia de Industria y Comercio, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, por haber proferido y notificado la Resolución que impuso la sanción, con posterioridad al término de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia de los hechos?

Para comenzar, se recuerda que la parte actora adujo que, la Superintendencia demandada habría vulnerado el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto, enunció que, la orden emitida en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014 fue cumplida por la Empresa de Telecomunicaciones Bogotá el 11 de febrero de 2015 y la Resolución 7143 del 6 de febrero de 2018, a través de la cual se impuso la sanción, habría sido notificada el 19 de febrero de 2018, por lo que, agregó, que transcurrieron más de 3 años de ocurrido el hecho.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló que para efectos de establecer si operó el fenómeno de caducidad, se debe tener en cuenta que la falta sancionada consistió en la tardanza en el acatamiento de la orden emitida en la Resolución 71671 del 28 de noviembre de 2014 a favor de la señora Leonor María Moreno Ortiz, razón por la que, dijo, el término para determinar la operación del fenómeno de la caducidad debe contabilizarse desde el 27 de febrero de 2015.

En este contexto, el Juzgado advierte que la controversia que se suscita en el presente asunto gira en torno al momento desde el cual debe contabilizarse el término con que cuenta la Administración para ejercer su facultad sancionatoria. En esa razón, surge la siguiente pregunta: *¿ Desde qué fecha debe contabilizarse el término del cual disponía la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a la empresa demandante por incumplir la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014?*

Entonces, con el fin de solventar el cuestionamiento bajo estudio, resulta necesario, primero, analizar el material probatorio referente a los antecedentes administrativos de los actos acusados:

- Mediante la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014, se resolvió un recurso de apelación y se ordenó a la sociedad demandante, lo siguiente:

“(i) Efectuar la compensación por el tiempo en que el servicio no estuvo disponible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1 de la presente resolución.

(i) Realizar los ajustes enunciados, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.2 de la presente resolución.”

- A través de la Resolución 2727 del 29 de enero de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó iniciar investigación administrativa en contra de la sociedad demandante y entre otros asuntos, resaltó (fols.81 a 82 cuaderno principal):

“SEXTO: Que este Despacho tuvo conocimiento de la queja presentada por la usuaria Leonor María Moreno Ortiz, los días 06 de marzo, 10 de marzo y 19 de marzo de 2015, según las cuales la sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, no dio cumplimiento integral y en los precisos términos establecidos en la Resolución No. 71670 del 28 de noviembre de 2014, mediante la cual se resolvió de apelación ordenándole al proveedor de servicios denunciado:

(...)”

- El 6 de febrero de 2018 se profirió la Resolución 7143, mediante la cual se impuso la sanción a la actora como consecuencia del incumplimiento referido en líneas atrás, la cual fue notificada, por aviso, el 19 de febrero de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe advertir que en lo atinente a la caducidad de la facultad sancionatoria, el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ prevé : *“[...] la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado” [...].*

¹ “Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, **la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.** Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si lo recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver. Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, ese término se contará desde el día siguiente a aquel que cesó la infracción y/o la ejecución. La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria. (Se destaca)

En ese contexto, debe indicarse que en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014 se determinó una obligación de hacer a cargo de la demandante: *(i) Efectuar la compensación por el tiempo en que el servicio no estuvo disponible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1 de la presente resolución. (i) Realizar los ajustes enunciados, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.2 de la presente resolución.*”

De ahí que, según el contenido de tal obligación ha de inferirse que el término de caducidad debe contabilizarse desde que la Administración conoció del incumplimiento, a través de la quejosa. Dado que es el momento en el cual la demandada tuvo certeza sobre el no acatamiento de su orden. Una fecha diferente, como lo pretende la accionante, no puede considerarse, dado que la verificación del cumplimiento de la Resolución No. 71670 del 28 de noviembre de 2014, requería necesariamente de la información que para el efecto suministrara la señora Leonor Moreno, a cuyo favor se determinó la compensación y reajustes en la facturación del servicio de telecomunicaciones.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que la fecha oportuna para decidir si se impone o no una sanción se cuenta a partir del momento en que la Administración tiene conocimiento de la conducta reprochable, *“pues a partir de ese momento la administración identifica o tiene conocimiento de la conducta constitutiva de la infracción”*².

Conforme lo anterior, es claro que la caducidad de la facultad sancionatoria **debe contabilizarse a partir del conocimiento que tiene la administración de la conducta a sancionar**, pues es únicamente a partir de tal momento cuando puede desplegar la facultad que se le ha conferido, encaminada a investigar y determinar si hay lugar a imponer una sanción.

Por lo expuesto, es deducible que la administración tuvo conocimiento del incumplimiento, por parte de la sociedad demandante, de la orden dispuesta en la Resolución 71670 de 2014 desde el 6 de marzo de 2015, en la fecha en la que la señora Moreno Ortiz presentó la queja

Así, una vez esclarecida la fecha desde la cual ha de contabilizarse el término de caducidad, corresponde determinar el otro extremo, esto es, precisar cuándo se entiende ejercida la facultad sancionatoria.

² Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1° de noviembre de 2007, dictada en el expediente N°00803. En el mismo sentido, sentencia del 31 de julio de 2003, expediente N°00637-01 (7900). M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; en esta oportunidad se dijo que como fecha de ocurrencia de los hechos debe tomarse el “momento en que identificó la falta o tuvo conocimiento de la infracción y no antes”. Esta posición fue ratificada en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, noviembre 15 de 2007. Expediente No. 2003-0072. Demandante: Luis Díaz Llerena. M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Para absolver tal interrogante, resulta necesario anotar, que, de acuerdo con la posición pacífica que en este momento tiene el Consejo de Estado³, la facultad sancionatoria de la Administración se entiende ejercida en tiempo cuando dentro del término de tres (3) años, ha expedido y notificado la resolución con la que se pone fin a la actuación administrativa, **independientemente de los actos que resuelven los recursos.**

Ahora, si bien, esta interpretación fue realizada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo, respecto del artículo 38 del Decreto 01 de 1984, el Juzgado estima que la misma sigue vigente y puede predicarse respecto del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, pues, tienen sustancialmente el mismo contenido.

Por lo tanto, es claro que, salvo disposición especial en contrario, la Administración cuenta con el término de 3 años para imponer sanciones, lapso dentro del cual la autoridad correspondiente no solo deberá expedir el acto sancionatorio, sino también notificarlo.

Es así como, una vez se han aclarado por este Despacho los criterios temporales para establecer la contabilización del término del que disponía la Superintendencia de Industria y Comercio para expedir y notificar el acto sancionatorio, compete al juzgador resolver la pregunta jurídica puesta de presente por el actor en torno a si en el caso estudiado tuvo lugar la pérdida de la facultad sancionatoria.

En esa razón, debe tenerse en cuenta que los hechos que dieron origen a la investigación administrativa y por los cuales, finalmente, se sancionó a la sociedad demandante, según la Resolución 7143 del 6 de febrero de

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de agosto de 2012, M.P. María Elizabeth García González, rad. No. 25000-23-24-000-2004-01001-01.

En efecto, el máximo órgano de lo contencioso administrativo, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido:

*Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, **se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria**, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”. (Negrilla fuera de texto).*

Asimismo sostuvo que “los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Es, pues, claro, que en los términos del artículo 38 del C.C.A., la Administración debe ejercer la acción encaminada a sancionar personalmente al autor de la infracción administrativa, dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho.

En consecuencia, a partir de esa fecha la Administración cuenta con tres (3) años para proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, independientemente de la interposición de los recursos». (Resaltado fuera del texto).

La postura de la Sala, es pues, la de que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos. (Se destaca)

2018, correspondieron a la queja presentada por la señora Leonor Moreno en la que adujo el incumplimiento a lo ordenado en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014, por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, referente a: (i) efectuar la compensación por el tiempo en que el servicio de la usuaria no estuvo disponible y (ii) realizar los ajustes correspondientes a la devolución del dinero dentro del término señalado en el citado administrativo.

En este escenario, tal y como se explicó en los anteriores párrafos, el término de los 3 años que dispone el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para expedir y notificar el acto administrativo sancionatorio inició cuando la Administración conoció los hechos motivos de la infracción.

En efecto, fue acreditado que el ente de control, inspección y vigilancia tuvo conocimiento del incumplimiento de la orden dispuesta en la Resolución 71670 de 2014, desde el 6 de marzo de 2015, a través de la queja presentada por la señora Moreno Ortiz.

Por tanto, de lo expuesto en precedencia se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio tenía como plazo para proferir y notificar el acto administrativo sancionatorio hasta el 6 de marzo de 2018 y como quiera que la Resolución 7143, que impuso la sanción, fue proferida el 6 de febrero de 2018 y notificada, por aviso, el 19 de febrero de esa anualidad, es válido inferir que la facultad sancionatoria fue ejercida de manera oportuna.

En ese contexto, la respuesta al problema jurídico planteado resulta negativa, por cuanto, no se comprobó la caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora.

1.2.- ¿Expidió, la Superintendencia demandada, las resoluciones acusadas de nulidad con falsa motivación, como quiera que presuntamente habría realizado una indebida valoración de las pruebas?

Consideró, la sociedad demandante, que los actos administrativos cuya nulidad se cuestiona adolecen de falsa motivación e indebida valoración probatoria, ya que, las pruebas recaudadas durante la actuación administrativa demostrarían que la extemporaneidad del cumplimiento de la obligación obedeció a la mora de la usuaria en indicar la forma del reintegro del dinero.

De manera preliminar, y para resolver el planteamiento formulado, se hace necesario estudiar el contenido de las normas que consideró, la Superintendencia demandada, fueron vulneradas por la actora.

Para ello, se advierte que mediante Resolución 2727 del 29 de enero de 2016, la autoridad administrativa accionada, formuló cargos en contra de

la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, por la presunta vulneración del numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Iniciar investigación administrativa mediante la presente formulación de cargos contra el proveedor de servicios de comunicaciones Empresa de Telecomunicaciones Bogotá S.A. E.S.P., identificado con el Nit. 899.999.115, por la presunta configuración de la infracción prevista en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, originada en la posible inobservancia a lo ordenado por esta Dirección mediante el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

(...)”

Así, se tiene que el numeral 5 del artículo 64, de la referida norma, contiene las infracciones que constituyen infracciones, así:

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

1. *No respetar la confidencialidad o reserva de las comunicaciones.*
2. *Proveer redes y servicios o realizar telecomunicaciones en forma distinta a lo previsto en la ley.*
3. *Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.*
4. *El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos.*
5. ***Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta.***

(...)”

Precisado lo anterior, se recuerda que en el caso concreto, la señora Leonor María Moreno interpuso una queja, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto, a su juicio, la Empresa de Telecomunicaciones Bogotá S.A. ESP, no habría dado cumplimiento a lo establecido en el Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014.

Para desvirtuar la afirmación sostenida por el usuario, la empresa de comunicaciones demandante, junto con el escrito de descargos, aportó las pruebas que, en su parecer, daban cuenta que, la Superintendencia de Industria y Comercio no habría notificado debidamente dicho acto administrativo, por lo que, se encontraba en tiempo para acatar la orden.

Además, señaló, que la usuaria no remitió, oportunamente, la información solicitada, referente a la forma del reintegro del dinero.

Al respecto, se pone de presente que dentro del material probatorio obrante en el expediente administrativo, se observa documento allegado por la sociedad actora, el 12 de febrero de 2015, en el que pretendió

acreditar el cumplimiento de la orden y frente al que la Superintendencia demandada se pronunció, así⁴:

“Del mismo modo, en el referido escrito se informó que después de haber aplicado la fórmula de compensación, se registró un saldo a favor por valor de \$158.879,94 incluido IVA, razón por la cual solicitó que se comunicara con la compañía para que manifestara si prefería que el dinero le fuere abonado a la facturación, o por el contrario le fuere devuelto mediante consignación bancaria, para lo cual debía diligenciar un formato y allegar una documentación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la entrega del comunicado.”

A pesar de ello, la entidad accionada, en el mismo acto administrativo advirtió que dentro del expediente no se había acreditado que a la usuaria se le comunicó el cumplimiento de la orden, previamente, al vencimiento del término dispuesto.

Lo anterior, cobra certeza cuando la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que la señora Moreno manifestó que la comunicación de acreditación fue recibida hasta el 20 de febrero de 2015 y que en su respuesta, solicitó la aplicación del saldo a favor, en la facturación del servicio.

En tales condiciones, es dable concluir que contrario a la expresado por la sociedad demandante, referente a que la usuaria, inoportunamente, indicó la forma de la devolución del dinero, quién debió actuar como mayor diligencia fue dicha sociedad, pues teniendo en cuenta que el plazo para dar cumplimiento a la orden vencía el 20 de febrero de 2015 y fue en aquella fecha en la que fue remitida la comunicación a la usuaria, es evidente que la mora se originó a partir del tardío envío de la comunicación por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP.

En ese orden, la premisa sobre la que se edificó el cargo carece de fundamento, ya que no se evidencia una debida valoración de pruebas, pues, la Superintendencia de Industria y Comercio estudió los documentos allegados al expediente administrativo, los plazos establecidos para el cumplimiento de la obligación y la información suministrada por la usuaria; material probatorio que conllevaron a la imposición de la sanción.

Por consiguiente, debe colegirse la no configuración de la causal de nulidad de falsa motivación e indebida valoración probatoria, toda vez que las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen en los actos administrativos acusados sí corresponden con la decisión que se adoptó, en consecuencia, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.

1.3. ¿Ignoró, la autoridad administrativa demandada, el debido proceso por cuanto, habría omitido la investigación preliminar?

Para resolver el presente interrogante, debe recordarse que la parte actora señaló que la Superintendencia demandada tenía la obligación de agotar

⁴ Resolución 7143 de 2016 obrante a folios 77 a 80

todas las averiguaciones preliminares que pudieran establecer dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio. Sin embargo, dijo, dicha entidad omitió una de las etapas procedimentales, por lo que, concluyó que, los actos estarían viciados de nulidad.

Adicionalmente, aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba en el deber de informar a la actora sobre el inicio de la indagación preliminar, situación que no se efectuó. Lo anterior, dijo, para que la sociedad demandante pudiera ejercer su derecho de defensa.

Es sí como expuestos los argumentos sobre los que se edificó el cargo, conviene determinar si, como lo afirma la demandante, el procedimiento previsto en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009 contempla en sus etapas la relativa a la indagación preliminar:

“Artículo 67.- PROCEDIMIENTO GENERAL. Para determinar si existe una infracción a las normas previstas en esta Ley se deberá adelantar una actuación administrativa que estará siempre precedida de las garantías del debido proceso, el cual incluye el derecho de defensa y contradicción. A dicha actuación se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. La actuación administrativa se inicia mediante la formulación de cargos al supuesto infractor, a través de acto administrativo motivado, con indicación de la infracción y del plazo para presentar descargos, el cual se comunicará de acuerdo con las disposiciones previstas en este artículo.*
- 2. La citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla, y si el citado tuviere domicilio en el país; si lo tuviere en el exterior, se entenderá cumplida al cabo del vigésimo día. Las publicaciones se entenderán surtidas al cabo del día siguiente a aquel en que se hacen.*
- 3. Una vez surtida la comunicación, el investigado tendrá un término de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos y solicitar pruebas.*
- 4. Presentados los descargos, se decretarán las pruebas a que haya lugar y se aplicarán en la práctica de las mismas las disposiciones previstas en el proceso civil.*
- 5. Agotada la etapa probatoria, se expedirá la resolución por la cual se decide el asunto, que deberá ser notificada y será sujeta de recursos en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo.” (Se resalta)*

Conforme a preceptiva transcrita, se desprende que la actuación administrativa se origina con la formulación de cargos al supuesto infractor en la que se otorga un plazo para que aquel presente sus descargos y solicite pruebas.

Así las cosas, es evidente que la indagación preliminar, a la que hace alusión la sociedad demandante y la cual fue, supuestamente, omitida por la demandada en la actuación administrativa, no hace parte del procedimiento sancionatorio, ya que, se reitera, esta inicia con la formulación de cargos, tal y como se surtió en la actuación administrativa de la referencia, a través de la Resolución 2727 de 2016, en la que la demandada formuló cargos, por la presunta trasgresión a lo previsto en

“(…) el numeral 5 del artículo 64 de la referida ley, señala que constituyen infracciones específicas al ordenamiento de tecnologías de la información y las comunicaciones” y concedió a la parte actora el término de 10 días para que rindiera descargos y aportara o solicitara las pruebas que pretendía hacer valer.

Por tanto, ha de colegirse de lo anterior que la autoridad demandada se ciñó al procedimiento sancionatorio prescrito en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009. Ya que aquel debía iniciarse con la formulación de cargos y no con la indagación preliminar, como erróneamente lo estima la actora. De ahí, entonces, que el cargo planteado no tenga vocación de prosperidad.

1.4. ¿Omitió, la autoridad administrativa, en la imputación jurídica, realizar la remisión expresa a la norma que contempla la infracción objeto de la sanción que, según el actor, es el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009?

De modo preliminar, ha de aclararse que la correspondiente fijación del litigio junto con este problema jurídico fueron aceptados por las partes en la audiencia inicial del 24 de septiembre de 2020.

Es así que para solventar este interrogante, se observa, inicialmente, que a través de la Resolución 2727 del 29 de enero de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, le formuló cargos, a la demandante, por la transgresión a lo previsto en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, que dispone:

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

- 1. No respetar la confidencialidad o reserva de las comunicaciones.*
 - 2. Proveer redes y servicios o realizar telecomunicaciones en forma distinta a lo previsto en la ley.*
 - 3. Utilizar el espectro radioeléctrico sin el correspondiente permiso o en forma distinta a las condiciones de su asignación.*
 - 4. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las concesiones, licencias, autorizaciones y permisos.*
 - 5. Abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta.**
- (…) (Negrillas del Despacho).

Lo anterior, debido a que, la entidad demandada, tuvo conocimiento sobre la reclamación, a través de la cual la señora Moreno Ortiz, manifestó su inconformidad con lo ordenado en la Resolución 71670 de 2014, pues la entidad demandante no habría acatado, dentro del terminado establecido, lo señalado en dicho acto administrativo referente a: (i) efectuar la compensación por el tiempo en que el servicio no estuvo disponible y (ii) realizar los ajustes correspondientes en la cuenta de la referida usuaria.

Además, en ese mismo acto administrativo se dispuso el término dentro del cual se debía dar cumplimiento a lo ordenado y el lapso para acreditar el mismo ante la Superintendencia.

Ahora bien, de la conducta desplegada por el proveedor de servicios de comunicaciones y de la lectura de la disposición transcrita, encuentra el Despacho que, en efecto, la infracción se encuentra tipificada en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, ya que, dicha disposición establece, expresamente, que constituye infracción abstenerse de presentar ante la autoridad la información requerida.

Por consiguiente, encuentra, el Despacho, que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó la imputación jurídica en debida forma, pues, se reitera, la sociedad actora suministró la información referente al cumplimiento de la obligación de manera inoportuna, esto es por fuera del término concedido, transgrediendo la norma ya referida, razón por la que el cargo planteado no tiene vocación de prosperidad.

De otro lado, ha de considerarse que la actora también adujo la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionarla por la trasgresión de la norma en comento. Por cuanto, afirmó dicha competencia concierne al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC, tal como lo establece el Título IX del Régimen de Infracciones y Sanciones.

Frente a ello, ha de mencionarse que si bien el artículo 63 de la Ley 1341 de 2009⁵ dispuso que las sanciones a las infracciones a esa ley estarían a cargo de ese Ministerio, no es menos cierto que dejó a salvo lo dispuesto por leyes especiales.

En efecto, una de estas disposiciones especiales se encuentra inmersa en la hipótesis prevista en el numeral 32 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, en la que se asigna a la entidad demanda la función de :” *Velar en los términos establecidos por la ley y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, **por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten**”.* (Se resalta)

Así, si se tiene en cuenta que en el presente caso los actos acusados se profirieron con ocasión de una queja presentada por una usuaria de los servicios de telecomunicaciones debido a la inobservancia de una orden emitida a favor de aquella, no cabe duda que dicha Superintendencia sí tenía competencia para proferir las resoluciones que se demandan.

⁵ “(...) Artículo 63. Disposiciones generales del régimen de infracciones y sanciones.

*Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.***

Por las infracciones que se cometan, además del autor de las mismas, responderá el titular de la licencia o del permiso o autorización, por acción u omisión en relación con aquellas (...) (Se destaca).

Por consiguiente, las reflexiones en precedencia expuestas conllevan a negar los cargos de censura antes referidos.

1.5. ¿Inobservó, la entidad demandada, el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto, no habría valorado los criterios establecidos en dicha norma para imponer la sanción?

¿Infringió, el ente demandado, con la expedición de los actos administrativos demandados, el principio de proporcionalidad, como quiera que no habría realizado un análisis de los hechos que sirvieron de sustento en la actuación administrativa?

Por cuestiones metodológicas y en atención a que los anteriores problemas jurídicos versan sobre una misma cuestión, esto es, en torno a la manera como se tasó la multa, se resolverán de manera conjunta:

Así, en lo concerniente a la observancia de los parámetros generales que debían tenerse en cuenta para definir la sanción, es preciso referirse al contenido del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 que dispone que 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, son los criterios a tener en cuenta al momento de definir qué clase y qué monto de sanción debe imponerse.

Sin embargo, resulta necesario aclarar, de manera preliminar, que la luz de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Administración **no está obligada, al estudiar la tasación de la multa, a considerar todos** los criterios expuestos por el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009. Así lo sostuvo en proveído del 3 de mayo de 2018:

*“[...] 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”⁶.*

Una vez aclarado lo anterior, conviene aludir al análisis que de tal aspecto realizó la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución 7143 del 6 de febrero de 2018:

“(...) Por lo tanto, la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente atribuida, es de carácter discrecional pero no absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, como el de gravedad

⁶ Magistrado ponente: Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón. Rad. 2018-05-074.

de la falta, que en materia de servicios de comunicaciones se encuentra contenido en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En este sentido, la norma que autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos según la naturaleza de la infracción y que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre 1 y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra investida esta Superintendencia, se realiza la dosimetría de la sanción en atención a los extremos máximos y mínimos de la norma y a los criterios de dosimetría que se exponen a continuación.

10.1 Gravedad de la falta

Por lo tanto, 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 criterios para la definición de las sanciones, entre otros, **la gravedad de la falta, este Dirección concluye que evaluada la conducta objeto de reproche, la gravedad de la misma es de tal entidad que a su vez, implica un desconocimiento a la autoridad de la cual esta investida esta Superintendencia al ser el órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor, de acuerdo a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011.**

(...)

Igualmente, la conducta descrita **implica un desconocimiento al derecho otorgado a los usuarios en virtud de la favorabilidad concedida con ocasión a las órdenes impartidas por esta Entidad, al resolver el recurso subsidiario de apelación. Al evidenciarse que el proveedor investigado cumplió de manera extemporánea la orden impartida.**” (Negrillas fuera de texto).

De estos apartes puestos en negrilla, se deduce que la administración sí valoró la gravedad de la falta, puesto que en el citado acto se puso de presente el reproche a la conducta de la actora por poner en duda el poder de su autoridad. De igual modo, aludió al desconocimiento del derecho de la usuaria a la favorabilidad por no acatar, oportunamente, lo ordenado en la Resolución 71670 del 28 de noviembre de 2014.

Por otro lado, en lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción, debe advertirse que el criterio contemplado en el numeral 4 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, guarda estrecha relación con lo previsto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“(…) Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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** (...)” (Se destaca).

De esta manera, si bien es cierto que existen decisiones que pueden estar sujetas a la facultad discrecional de la Administración, no lo es menos que dentro del ordenamiento se contemplan normas que establecen unos límites dentro de los cuales deben actuar las autoridades, más aún en lo relacionado con la imposición de multas. En este caso, la norma aplicable es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que prescribe:

“(…) 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:

(…)

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

Así las cosas, para los eventos en que se imponga una sanción consistente en multa, como en el asunto bajo estudio, la Superintendencia de Industria y Comercio, no puede tasarla por encima de 2000 salarios mínimos legales mensuales.

Por ende, debe inferirse que la tasación de la multa en cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no resulta desproporcionada, pues, este monto solo corresponde a un bajo porcentaje del máximo que podía imponerse. Y bajo esa premisa no es posible colegir que se haya trasgredido el artículo 44 de la ley antes mencionada, pues tal decisión se adecuó a los fines de la norma.

En conclusión, deben desestimarse dichos cargos, por advertirse que los actos administrativos atacados fueron debidamente motivados en lo concerniente a la tasación de la multa. Lo propio, con relación a la ponderación de algunos de los criterios contemplados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para dosificar la sanción. E igual deducción referente a que la multa no rebasó los límites previstos en la citada preceptiva, y , por ende, menos puede catalogarse como desproporcionada.

2. Conclusiones

Corolario de lo expuesto, el Despacho negará las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado, por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la presunción de legalidad que acompaña a las Resoluciones: **7143 del 6 de febrero de 2018, 28572 del 27 de abril de 2018 y 994 del 17 de enero de 2019.**

3. Condena en Costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en

costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, el Despacho considera que en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas a la sociedad demandante, en la medida que, si bien se negó la prosperidad de las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió.

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

FALLA

PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- No condenar en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Gloria Dorys Alvarez Garcia
Juez

Firmado Por:

**GLORIA DORYS ALVAREZ GARCIA
JUEZ**

**JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**82e0f1fd6f6d4aacaf345562dc809237126a98d4633df58fa0b502d3
902f4f2b**

Documento generado en 26/02/2021 12:44:45 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**