

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 11001-3334-003-2018-00098-00
DEMANDANTE: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A. E.S.P.
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB S.A. E.S.P., actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

Se declare la nulidad de la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, por medio de la cual se impuso sanción pecuniaria en cuantía de \$72.292.775, así como de las resoluciones 25966 del 17 de mayo de 2017 y 70459 del 03 de noviembre de mismo año, por medio de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente los recursos de reposición y apelación contra el referido acto sancionatorio, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a ETB S.A. E.S.P., el valor de la multa impuesta en los actos demandados, debidamente indexados.

Se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término indicado en el artículo 192 del CPACA.

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, en resumen son:

1.- Mediante Resolución 8798 del 23 de octubre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, inició investigación administrativa mediante formulación de cargos, con ocasión de la queja presentada por el señor Jorge Luis Suárez Amézquita, por el presunto incumplimiento a la decisión empresarial 5192033 del 15 de abril de 2013, cuyos términos de cumplimiento fueron precisados mediante comunicado CUN 4347-13-0000688582 del 19 de junio del mismo año.

2.- La empresa ETB S.A. E.S.P. presentó descargos frente a la imputación jurídica, informando el cumplimiento dado a las pretensiones del usuario.

3.- A través de la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso sanción por la suma de \$72.392.775, equivalente a 105 SMLMV.

4.- Mediante Resolución 25966 del 03 de noviembre de 2017, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición, confirmando íntegramente el acto administrativo sancionatorio.

5.- El 03 de noviembre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 70459, a través de la cual resolvió adversamente el recurso de apelación contra la Resolución 79437 de 2016.

6.- Según certificación emitida por el Secretario General Ad-Hoc de la Superintendencia demandada, la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de 2017.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados incurren en los siguientes cargos de nulidad:

1.4.1 Violación al debido proceso por:

i) Pérdida de competencia de la facultad sancionatoria

Expone que la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, habiendo perdido competencia para ello en los términos del artículo 52 del CPACA, dado que los hechos que originaron la investigación ocurrieron el 15 de abril de 2013, fecha en la cual se expidió la decisión empresarial 5192033 que se refutó incumplida, mientras que la notificación del referido acto administrativo sancionatorio se surtió el 29 de noviembre de 2016, es

decir, habiendo transcurrido más de tres (3) años. En ese sentido, asegura que en el presente caso operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

Trae a colación diversas providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, referentes a la pérdida de competencia para resolver los recursos en sede administrativa, no obstante, no efectúa pronunciamiento alguno y concreto en relación con las razones por las cuales considera que en el presente caso también se superó el término de un (1) año previsto en el artículo 52 ídem, en relación con el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016.

ii) Indebida formulación de cargos al no indicarse con claridad la norma infringida y falta de integración normativa.

Señala que, en el pliego de cargos la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció los principios de tipicidad, legalidad y debido proceso, así como los artículos 47 y 49 del CPACA, pues las normas indicadas como presuntamente vulneradas no contemplan *per se* infracción alguna, así como omite el deber legal de calificar los hechos a través de un trabajo de adecuación en el que demuestre el comportamiento adelantado por el infractor, y que este se enmarca dentro de la norma que la tipifica.

Considera que los artículos 10 y 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, no tipifican ninguna infracción por lo que no era posible formular cargos por su presunta transgresión, y además señala que las únicas conductas que pueden ser susceptibles de sanción son las contempladas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, las cuales, en todo caso, son de competencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Por lo anterior, refiere que de conformidad con el denominado método de tipificación "tipos en blanco", la Superintendencia de Industria y Comercio debió precisar la fuente normativa específica que contempla la infracción cometida y sus efectos sancionatorios, pues no existe disposición legal alguna que defina el incumplimiento del ajuste en la facturación del usuario como una infracción que pueda ser objeto de sanción.

1.4.2 Infracción de las normas en que debía fundarse – desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1755 de 2015 y violación al debido proceso y derecho de defensa.

Sostiene la parte actora que la entidad demandada desconoció lo consagrado en el artículo 18 de la Ley 1755 de 2015, pues no observó que el usuario presentó escrito de desistimiento, lo cual debió conllevar a la revocatoria directa de la sanción.

Así mismo, señala que si bien la autoridad administrativa puede continuar la actuación por motivos de interés público, deben

encontrarse suficientemente explicadas dichas razones; situación que no ocurrió en el presente caso.

Advierte que, en todo caso, al usuario se le dio resolución favorable a sus pretensiones, razón por la cual, dado que el procedimiento administrativo es preventivo y reactivo a la vez, lo que indica que su utilización se justifica solo en la finalidad que cumplir el ordenamiento jurídico; una vez se da cumplimiento total a lo reconocido en la decisión administrativa que originó la sanción, desaparecieron las razones que justificaban el *ius puniendi*, con lo cual, debió darse por terminada la actuación administrativa. Para el efecto, menciona sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en procesos con radicado 2011-00194, 2011-00258, 2011-00168, 2011-00182 y 2011-00183.

1.4.3 Desconocimiento de la aplicación al precedente – artículo 10 del CPACA, y de la confianza legítima consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Considera que de conformidad con el artículo 10 del CPACA, la administración frente a un hecho idéntico debe presentar una respuesta uniforme, razón por la cual, la Superintendencia de Industria y Comercio debió dar por terminado el proceso sancionatorio conforme lo venía realizando en diversos expedientes, al reconocer el desistimiento expreso del usuario¹; no obstante no lo hizo, y por el contrario cambió de tajo su postura bajo argumentos vagos, genéricos e imprecisos, vulnerando así los principios de igualdad y confianza legítima.

Además, indica que la entidad demandada desconoce su propia regulación, en especial la Circular Única – Título I, numeral 1.7, en la cual se establece lo concerniente al desistimiento o retiro expreso de las peticiones.

1.4.4 Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción. Violación al principio de legalidad y proporcionalidad.

Sostiene la demandante que, la Superintendencia de Industria y Comercio, no apreció de manera conjunta los criterios para imponer la sanción pecuniaria en su contra, contenidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, y se limitó a apreciar únicamente la gravedad y reincidencia de la falta, siendo en todo caso dicha apreciación totalmente subjetiva en el primer caso, y carente de sustento en la segunda.

1.4.5 Vulneración del artículo 44 del CPACA – proporcionalidad de la sanción.

Considera que los actos administrativos demandados omiten motivar la dosimetría de la sanción impuesta, pues pese a que si bien la

¹ Ver folio 25, Cuaderno 1.

graduación de la misma obedece principalmente a una facultad discrecional, esta no es absoluta ya que siempre se debe indicar de manera exacta por qué se llegó a esa cifra.

Así mismo, señala que el numeral 4 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, no debe entenderse únicamente como un criterio de graduación, sino como una materialización de los principios que debe regir la actuación, contenidos en el artículo 44 del CPACA, por lo que, como no se tuvieron en cuenta la totalidad de los criterios de la dosimetría, la determinación de la sanción dependió única y exclusivamente de la subjetividad de la Superintendencia y uno a elementos objetivos.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1 Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de su apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto afirma que los cargos de nulidad expuestos en la demanda, carecen de soporte jurídico y probatorio.

Frente a la aludida pérdida de competencia o caducidad de la facultad sancionatoria, sostiene que la misma no operó dado que la Resolución 7937 del 17 de noviembre de 2016, fue notificada dentro del término de tres (3) años siguientes a la fecha en que dicha entidad tuvo conocimiento de los hechos objeto de la sanción, esto es, que el término se debe contar a partir de la queja presentada el 27 de abril de 2014, por el señor Jorge Luis Suárez Amézquita.

Señaló que no existen elementos jurídicos que sustenten una supuesta vulneración del debido proceso por indebida formulación de cargos falta de integración normativa y violación de los artículos 18 de la Ley 1755 de 2015, 10 del CPACA y 83 de la Constitución Política, por cuanto desde el inicio de la investigación administrativa se informó la conducta que había dado lugar a la formulación de cargos, teniendo como imputación jurídica la presunta transgresión a lo establecido en el artículo 53 y numeral 12 del artículo 34 de la Ley 3141 de 2009, sí como los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10, y el artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011; y como imputación fáctica el incumplimiento de la favorabilidad otorgada en la promoción expuesta en comunicación del 19 de junio de 2013, que debía iniciar el 1 de abril de 2013 y hasta el 30 de abril de 2014.

Es decir, que el proveedor de servicios no atendió de manera eficiente, integral y definitiva la petición que dio origen a la decisión empresarial CUN 434730000688582 del 19 de junio de 2013, por lo que, pese a que la sociedad hoy demandante hizo alusión a un escrito de desistimiento del usuario, no aportó prueba de ello, dado que la favorabilidad que si otorgó se refirió exclusivamente a la promoción otorgada a partir del 15 de marzo de 2011 y hasta el 31 de octubre de 2012.

En cuanto a la dosimetría de la sanción aseguró que, la misma se dio dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta y los límites que la Ley le impone, atendiendo los criterios de gravedad de la falta, reincidencia, y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al caso concreto.

1.5.2 Tercero con interés

Como se reseñará más adelante, el señor Jorge Luis Suárez Amézquita, quien fue vinculado al presente medio de control como tercero con interés, no efectuó pronunciamiento en esta, ni en ninguna otra etapa del proceso.

1.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Juzgado el 21 de marzo de 2018². Por auto del 17 de abril del mismo año se admitió³, y la notificación a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se surtió el 13 de julio de 2018⁴, mientras que la notificación al tercero con interés señor Jorge Luis Suárez Amézquita se surtió por aviso el 02 de octubre del mismo año⁵.

Mediante auto del 24 de mayo de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se declaró que el tercero con interés no efectuó pronunciamiento y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial⁶.

La mencionada audiencia se llevó a cabo el 19 de julio de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se efectuó pronunciamiento respecto a no encontrarse fundamento para decretar de oficio ninguna excepción previa, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se profirió auto de decreto de pruebas incorporando las documentales aportadas por las partes, se cerró el debate probatorio, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar por escrito⁷.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión⁸. Sin concepto del Ministerio Público y sin pronunciamiento del tercero con interés⁹.

1.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.7.1 Parte demandante¹⁰

² Folio 114, Cuaderno 1.

³ Folios 116 a 120, Cuaderno 1.

⁴ Folios 123 a 126 y 128 a 130, Cuaderno 1.

⁵ Folios 126, 134 y 152 a 154, Cuaderno 1.

⁶ Folio 156, Cuaderno 1.

⁷ Folios 157 a 161, Cuaderno 1.

⁸ Folios 201 a 213 y 214 a 226, Cuaderno 2.

⁹ Folio 227, Cuaderno 2.

¹⁰ Folios 214 a 226, Cuaderno 2.

La apoderada de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

1.7.2 Parte demandada¹¹

La apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio insistió en la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.7.3 Tercero con interés

Como se señaló previamente, el señor Jorge Luis Suárez Amézquita no presentó actuación alguna en esta etapa del proceso.

2 CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por hechos sancionados ocurridos en la ciudad de Bogotá.

2.2 FIJACIÓN DEL LITIGIO

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos Resoluciones 79437 del 17 de noviembre de 2016, 25966 del 17 de mayo de 2017 y 70459 del 03 de noviembre del mismo año, por medio de las cuales se sancionó a la demandante o si por el contrario las mismas se encuentran ajustadas a derecho como lo expone la Superintendencia demandada.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada en el presente proceso, el problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos acusados adolecen o no de nulidad por violación al debido proceso al haberse proferido con falta de competencia por caducidad de la facultad sancionatoria, e indebida formulación de cargos; infracción de las normas en que debía fundarse al desconocer el artículo 18 de la Ley 1755 de 2015, el artículo 10 del CPACA y el artículo 83 de la Constitución Política; y/o falsa motivación por indebida tipificación, inobservancia de los criterios legales para la definición de la sanción y violación al principio de proporcionalidad.

¹¹ Folios 201 a 213, Cuaderno 2.

2.4 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- El 27 de abril de 2014, el señor Jorge Luis Suárez Amézquita presentó queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin que adelantara investigación administrativa sancionatoria en contra de ETB S.A. E.S.P., por el presunto incumplimiento al ofrecimiento dado mediante decisión empresarial de fecha 15 de abril de 2013, dado que si bien en su momento presentó escrito de desistimiento, este se dio frente a la favorabilidad y beneficio otorgado a partir del 01 de abril de 2013 hasta el 30 de abril de 2014, no obstante, informa que no se cumplió la oferta y el beneficio pues se seguían presentando cobros de facturación para los meses de febrero, marzo y abril de 2014¹².
- Dentro de las pruebas aportadas por el señor Suárez Amézquita en la referida queja, se encontró comunicación CUN-4347130000688582 del 19 de junio de 2013, por medio de la cual ETB S.A. E.S.P. informó que en relación con la inconformidad del usuario se había emitido respuesta al usuario en los siguiente términos:

“En atención al derecho de petición en asunto radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio bajo consecutivo 13-132104-00000-0000 el 30 de mayo de 2013, por no encontrarse de acuerdo con el no cumplimiento de lo acordado bajo la respuesta emitida con consecutivo 5192033 del 15 de abril de 2013, donde se desistió a la investigación radicada en la SIC, le informamos que después de realizar una nueva verificación de las pruebas disponibles, relacionada con su solicitud de revisión de los cobros realizados por concepto del cargo fijo del servicio de plan local 220 minutos e Internet banda ancha 4 MB en la línea telefónica No.7260675, debido al ofrecimiento de un (1) año de servicio gratis para los servicios mencionados, el cual comenzó a regir a partir del 01 de abril de 2013 con fecha de finalización el 3 de abril de 2014 vigencia del ofrecimiento comercial de la promoción 1Q 2011.

(...)

Es de aclarar que ETB S.A. ESP., gestionó a su favor mediante consecutivo No. 5192033 del presente año, con el cumplimiento de un año gratis con descuento del 100% de los servicios de internet banda ancha y de plan local 220 minutos para la línea No.7260675, beneficio que comenzaría a regir a partir del 01 de abril de 2013, hasta el 30 de abril de 2014, es de aclarar que dentro de lo acordado no incluye los minutos adicionales consumidos al plan local mencionado, por lo tanto estos tendrán un costo de \$147.00 incluido IVA para estrato tres (3) valor que le será cobrado, de esta manera le recordamos que usted puede Consultar los

¹² Folio 133, Cuaderno 1 – CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 2 a 6 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__00.pdf-.

minutos locales consumidos llamando gratuitamente a la línea 777# o 3777777.

Así mismo, al momento del cumplimiento de los doce (12) meses ofertados es decir a partir del primero de mayo de 2014, comenzara a registrar cobro de cargo fijo mensual del plan local 220 minutos, como también el cargo fijo mensual de \$38000.00 exento VA para servicio de Internet banda ancha 4 megas.

Por lo tanto, ofrecemos disculpas por el error ocasionado en el cobro correspondiente para el periodo consumo del primero al 30 de abril de 2013, teniendo en cuenta el acuerdo efectuado con el señor Jorge Luis Suárez Amézquita, el pasado 15 de abril de 2013, **de esta manera le informamos que el valor cancelado el pasado 24 de mayo de 2013, correspondiente a los periodos consumos del primero al 31 de mayo de 2013 y del primero al al 30 de abril de 2013, por valor de \$59.500,00 incluido IVA le será devuelto.**

(...)

De acuerdo a lo anterior, si lo desea el valor de \$21.760,95 incluido IVA más el valor cancelado por usted en el mes de mayo de 2013 periodo de abril de 2013 por valor de \$59.500,00 incluido IVA **considerado a su favor el total de \$81,260.95 incluido IVA, teniendo en el acuerdo realizado bajo consecutivo No.5192033, del 15 de abril de 2013, por lo tanto el valor mencionado puede ser descontado en una línea telefónica de ETB que se encuentre activa y facturando, es de recordar que sobre la línea objeto de reclamo no se podría realizar por el momento este descuento ya que el valor a favor corresponde a planes locales y está facturando en ceros \$00 para lo cual es necesario radicar un comunicado donde autorice el señor Jorge Luis Suárez Amézquita el abono sistemático a la facturación, de línea activa o si lo prefiere le será devuelto a través de consignación en su cuenta bancaria o generación de cheque. (...)**

No obstante, si transcurridos tres (3) días hábiles después de recibir la presente comunicación, no nos allega la documentación requerida, procederemos a iniciar el proceso judicial de pago por consignación y para hacer el cobro respectivo, es necesario que se acerque al Despacho al que le corresponda adelantar el trámite a lugar"¹³. (Negrillas del Despacho)

- Mediante Resolución 82798 del 23 de octubre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa mediante formulación de cargos contra ETB S.A. E.S.P, de la siguiente manera:

"8.1 Imputación Fáctica: Presunta no atención efectiva, integral y definitiva a la queja de ((a) (sic) usuario(a) conforme a lo anunciado mediante la decisión identificada con consecutivo No. 5192033 del 15 de abril de 2013, cuyos términos de cumplimiento fueron precisados mediante comunicado identificado con el CUN: 4347130000688582 del 19 de junio de 2013, lo que conlleva el incumplimiento de la

¹³ Folio 133, Cuaderno 1 – CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 7 a 11 y 27 a 32.

favorabilidad otorgada.

8.2 Imputación jurídica: *Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho evidencia que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con la conducta antes descrita, presuntamente habría transgredido lo establecido en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g y h del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 e impartir la orden administrativa correspondiente.”¹⁴. (Negritas del texto original, subrayas del Juzgado)*

- Mediante memorial radicado 14-089515-00010-0000 del 06 de noviembre de 2015, la apoderada de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P., presentó descargos contra la referida resolución, alegando que la favorabilidad otorgada al usuario había sido totalmente cumplida, pues en el mes de abril de 2013 se había generado un porcentaje del 100% de descuento en los servicios ofrecidos (cargo básico del plan contratado) y además que el beneficio ofrecido para el periodo 2011-2012 había sido correctamente aplicado. Indica igualmente que el 05 de abril de 2013, se reintegró al usuario la suma de \$500.000 mediante cheque de gerencia y que el 15 del mismo mes, este había radicado ante sus dependencias documento de desistimiento en razón a la favorabilidad ofrecida por los conceptos materia de investigación¹⁵.
- Mediante Resolución 92459 del 27 de noviembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas dentro de la investigación administrativa, incorporando las documentales aportadas tanto por el quejoso como por la empresa investigada, y de oficio requirió a ETB S.A. E.S.P. para que allegara copia de las notas crédito, documento de ajuste o soporte idóneo que acredite la fecha en que fueron hechos los ajustes en la cuenta del usuario y, el valor de los mismos, así como copia del contrato suscrito por las partes¹⁶.
- El 21 de diciembre de 2015, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., radico memorial 14-089515-00015-0000, a través del cual aportó las pruebas documentales decretadas de oficio por la Superintendencia de Industria y Comercio, como fueron: i) copia de documentos de ajuste a la facturación referente a las facturas: No. 162919099. 1 de noviembre de 2012 a 30 de noviembre de 2012; No.164766333. 1 de diciembre de 2012 a 31 de diciembre de 2012; No. 166286037. 1 de enero de 2013 a 31 de enero de 2013; No 170596982. 1 de abril de 2013 a 30 de abril

¹⁴ Folios 60 a 61 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 50 a 53 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515_05.pdf, Cuaderno 1.

¹⁵ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 58 a 112 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515_10.pdf.

¹⁶ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 140 a 142 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515_11.pdf.

de 2013; No. 185860990. 1 de febrero de 2014 a 28 de febrero de 2014; No. 186905299. 1 de marzo de 2014 a 31 de marzo de 2014; No.188438013. 1 de abril de 2014 a 30 de abril de 2014, y ii) Copia del contrato de servicio de acceso a internet (voz y datos) suscrito el 03 de marzo de 2011¹⁷.

- A través de la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016. la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., sanción pecuniaria por la suma de \$72.392.775, equivalente a 105 SMLMV y ordenó a la sancionada que en el término de diez (10) días hábiles procediera a materializar de manera integral las favorabilidades concedidas al señor Jorge Luis Suárez Amézquita. Las razones que expuso la Superintendencia fueron las siguientes:

“SÉPTIMO: MARCO JURÍDICO

Debe advertirse, que la presente investigación administrativa está orientada a establecer si existió transgresión a lo previsto en el numeral 6 del artículo 53 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como a los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011. (...)

*Conforme a lo anterior, el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, establece por una parte, **el derecho de los usuarios a presentar fácilmente y sin requisitos innecesarios peticiones, quejas o recursos** a través de los mecanismos obligatorios de atención. Por la otra, señala **la obligación del proveedor, de recibir, atender, tramitar y responder dichas solicitudes de manera ágil, bajo parámetros de calidad, y de manera integral**, pues no basta con que en atención a una queja o a un recurso presentado por los usuarios, se limiten a acceder a todas y cada una de sus pretensiones de manera favorable, sino que esa integralidad implica **que las decisiones que contengan favorabilidades, se hagan efectivas y se materialicen** en los precisos términos en que fueron otorgadas, y de manera oportuna. (...)*

NOVENO: CONSIDERACIONES (...)

*Cabe resaltar, **previo al análisis del caso**, que fue adelantado en esta Dirección el expediente No. 13-045463, por la inconformidad del señor JORGE LUIS SUÁREZ AMÉZQUITA, en el cobro de las facturas por el plan de llamadas de 220 minutos y el cargo fijo de banda ancha, toda vez que no le aplicaron la promoción otorgada. En el mismo, **se profirió la Resolución No. 93102 del 30 de diciembre de 2013, que declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por el quejoso, al evidenciarse de los documentos aportados por la empresa en el trámite de auto composición, el cumplimiento favorable a lo solicitado por el usuario, materializado en documentos de ajustes y mantenimiento de la gratuidad para un año hasta el 30 de abril de 2014.***

No obstante lo anterior, el 27 de abril de 2014, el usuario radicó

¹⁷ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 114 a 134 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__15.pdf.

comunicación ante esta Entidad, en la cual expuso: "(...) mediante el CUN 434713000688582 del 19 de junio de 2013, donde se informó y aclaró el proceso realizado (...). Ahora, para el mes de abril de 2014, ha recibido una factura por parte del operador ETB, donde se relaciona el cobro del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 28 del mismo mes para el año 2014, con un cobro de \$121.290 (...) Si se generó un cobro para el mes de febrero, se generará un cobro para el mes de marzo de 2014 y a su vez para el mes de abril de 2014; lo cual significa que se está incumpliendo lo manifestado en información confirmada mediante el CUN ya mencionado." (...)

De esta manera, se observa que **el usuario expuso su inconformidad a la sociedad, específicamente por el cobro del cargo fijo del servicio de telefonía local 220 minutos e Internet banda ancha 4 MB que recalca en su línea telefónica No. 7260675, debido al ofrecimiento por 1 año gratis que iba del 1 de abril de 2013 al 30 de abril de 2014, y que adujo como incumplido.** (...)

Así las cosas, este Despacho procederá a corroborar el cumplimiento de las favorabilidades otorgadas al reclamante por el proveedor de servicios y que fueron plasmadas líneas atrás.

(I) Descuento del 100% en los servicios de internet banda ancha y telefonía plan local 220 minutos para la línea telefónica No. 7260675, a partir del 1 de abril de 2013 y hasta el 30 de abril de 2014, que no incluye los minutos adicionales consumidos.

Al respecto, sostuvo la empresa en su escrito de descargos que realizó la validación en el sistema, encontrando que en abril de 2013, se generó el descuento del 100% del cargo básico en el plan contratado, el cual se reflejaba en las facturas. Seguidamente, la investigada hizo alusión al descuento en el cargo fijo de Internet banda ancha del 69.88% y del 15% de descuento en el plan 220 minutos que fue otorgado a la línea telefónica No. 7260675, desde el 15 de marzo de 2011 por un año, y que se prorrogó hasta el 31 de octubre de 2012, fecha en la que se procedió a la desactivación del descuento, y para el efecto, aportó pantallazos de su sistema de trámites.

No obstante, esta Dirección recalca que la presente actuación no recae sobre la promoción otorgada a partir del 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de octubre de 2012, sino en la promoción que debía iniciar el 1 de abril de 2013 y hasta el 30 de abril de 2014 y de que trata favorabilidad expuesta en la comunicación del 19 de junio de 2013.

De esta manera, respecto a los ajustes efectuados a la facturación que fue emitida al usuario desde abril de 2013 y hasta abril de 2014, la sociedad investigada solamente aportó documentos que reflejan el ajuste en los siguientes periodos: (...)

Así las cosas, se observa que **la sociedad investigada no aportó la totalidad de la facturación que fue emitida al usuario desde abril de 2013 y hasta abril de 2014, solamente documentos alusivos a abril de 2013, febrero, marzo y abril de 2014, por lo que esta Dirección no tiene certeza acerca de los cobros reales efectuados por concepto de cargos fijos, si se presentaron minutos adicionales consumidos al plan local mencionado, o en cambio, si se presentó la exoneración de estos durante este lapso de tiempo, en cumplimiento de la favorabilidad**

otorgada y respecto a los servicios de telefonía e internet. (...)

Así las cosas, **el proveedor de servicios demostró de manera parcial** a este Despacho los cobros efectuados en el periodo que va del 1 de abril de 2013 al 30 de abril de 2014, en el que al tenor de la comunicación del 19 de junio de 2013, otorgó un descuento al quejoso del 100% en los cargos generados para su servicio de telefonía e internet.

(ii) Acreditación del ajuste por valor de \$90.290 IVA incluido, correspondiente a los periodos noviembre de 2012, diciembre de 2012 y enero de 2013, en el documento No. 5000001782945-3.

Frente a este punto, cabe resaltar que aunque no se adujo ningún argumento en el escrito de descargos, se encuentra pantallazo aportado por la empresa en el que se verifica que el 6 de marzo de 2013, en su sistema fue ajustada la suma de \$\$90.290,00, en el mismo sentido, se vislumbra documento empresarial de ajuste No. 500 expedido el 12 de diciembre de 2015, en el que se refleja el abono a la cuenta por la citada suma y en tal sentido, **el ajuste otorgado como favorabilidad se encuentra demostrado.**

(iii) Poner a disposición del usuario el valor de \$21.760,95 IVA incluido y la suma de \$59.500,00 IVA incluido correspondiente al cobro efectuado por el periodo que va del 1 al 31 de marzo de 2013 y del 1 al 30 de abril de 2013, para un total de \$81.260,65 IVA incluido, ya sea descontado de la facturación de una línea activa diferente a la del objeto de reclamo o devuelto a través de consignación o cheque.

Al respecto, esta Dirección observa que la empresa **demostró parcialmente el cumplimiento de la favorabilidad concedida**, pues no obstante aportó pantallazo del cheque No. 60839-6 del 5 de abril de 2013, a nombre del señor JORGE LUIS SUÁREZ AMÉZQUITA, en el que efectuó a su favor un reintegro por la suma de \$500.000,00, **se desconoce qué rubros componen esta cifra**, esto es, si dentro de esta suma se incluye lo debido al usuario por un total de \$81.260,65 IVA incluido, o es el reintegro de sumas por conceptos diferentes debidos al usuario en razón de otros ajustes efectuados. (...)

Cabe resaltar, que si bien el proveedor hizo referencia a un escrito de desistimiento suscrito por el usuario, no aportó prueba de ella, sin que el pantallazo allegado por este otorgue certeza a este despacho, toda vez que la imagen no refleja la firma del señor JORGE LUIS SUÁREZ AMÉZQUITA, así como tampoco la fecha de su radiación. (...)

DÉCIMO: DOSIMETRÍA SANCIONATORIA (...)

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

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

En consonancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el cual se estableció como criterio para la definición de las sanciones, la gravedad de la falta, este Despacho concluye, una vez evaluada la conducta objeto de reproche al proveedor, que el mismo configuró este criterio toda vez que **representó para el usuario verse obligado a adelantar nuevamente un trámite en sede empresarial con el fin de obtener la materialización de la favorabilidad que ya había sido concedida; y de igual manera, se vio en la tarea de iniciar todo un trámite administrativo ante esta Entidad para dar solución a lo ya reclamado ante la investigada, lo que conlleva a su turno, mayor actividad para la Administración, al adelantar el procedimiento pertinente mediante este expediente.**

10.2. Reincidencia (...)

Es pertinente indicar que el criterio de la reincidencia en las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, debe medirse a la luz de la injustificada repetición de la conducta antijurídica del proveedor que ya se tiene como consumada, y por ende, da lugar a la necesidad de imponer una sanción mayor; está de más decir, que la sanción debe encontrarse dentro de los rangos previstos en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009. (...)

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que la investigada ha sido reincidente en su conducta, la cual **ha sido objeto de sanción en fallos emitidos por este Ente, tal como se evidencia en las investigaciones administrativas adelantadas bajo los números de radicado 12-60899 y 12-57513**, esta Dirección considera imperioso imponer una sanción ejemplar, que no solo permita dimensionar la gravedad de la conducta por la misma, sino que genere un reproche por la **reiterada tendencia a vulnerar el Régimen de Protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.**

Para el presente asunto, implicará un aumento de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, al monto de la multa a imponer."¹⁸. (Mayúscula sostenida con negrillas del texto original, negrillas y subrayas del Juzgado)

- La referida resolución fue notificada por aviso a la ETB S.A. E.S.P., el 29 de noviembre de 2016¹⁹.
- A través de oficio radicado el 06 de diciembre de 2016, con el número 14-089515-00015-0000, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el referido acto

¹⁸ Folios 54 a 59 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 198 a 208 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515_18.pdf -, Cuaderno 1.

¹⁹ Folios 52 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, página 192-, Cuaderno 1.

administrativo sancionatorio, bajo los supuestos que falta de tipicidad de la infracción, vulneración de los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, y falta de proporcionalidad de la sanción.

Igualmente, señaló que el valor del periodo abril de 2013, por la suma de \$81.260,95 y el descuento del 100% quedó registrado en la facturación a partir del 14 de abril de 2013 y se aplicó de forma correcta en las facturas de mayo de 2013 a enero de 2014. Así mismo indicó que los mayores valores facturados por los periodos de noviembre de 2012 a marzo de 2013, fueron debidamente descontados, y que por el periodo 1 de abril de 2013 al 30 de abril de 2014, esos valores fueron ajustados a favor del usuario, mediante consecutivo CUN 4347140001568863 (Mir 5730081) y WIN 4347140001568935 (mir 57301005); e insistió en que mediante el cheque de gerencia por valor de \$500.000 se realizó la devolución de la totalidad de los ajustes ofrecidos al usuario, incluida la suma de \$81.260,95.

Para el efecto, aportó pantallazos de documentos ajuste a la facturación y copia de los siguientes documentos: oficio CUN: 4347130000688582 del 19 de junio de 2013; oficio CUN 4347-13-0002108213 del 22 de octubre de 2013; oficio de desistimiento de fecha 15 de abril de 2013, presentado por el señor Suárez Amézquita a la queja con radicación 5046114 del 05 de enero de 2013; copia del cheque del 05 de abril de 2013, por valor de \$500.000; y copia de facturas correspondientes a los meses de mayo, junio, agosto, octubre y noviembre de 2013, y enero, febrero, marzo, abril y junio de 2014²⁰.

- Mediante Resolución 25996 del 17 de mayo de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente el recurso de reposición, para lo cual se pronunció respecto a cada uno de los argumentos de defensa expuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., así:

"6.1. Con relación a "ARGUMENTOS DE LA DEFENSA - ANÁLISIS TÉCNICO"
(...)

*Sin embargo, del análisis de los mencionados documentos se observa palmariamente que el proveedor de servicios **en las factures emitidas para los periodos de abril de 2013, de marzo y abril de 2014, no aplicó el descuento del 100% para los servicios de internet y telefonía, al cobrar en dichas facturas \$59.500, \$ 121.2909 y 248,97010 respectivamente.** (...)*

Por consiguiente, del análisis probatorio anteriormente desplegado se colige el incumplimiento parcial en la aplicación del descuento del 100% en la facturación emitida al usuario, teniendo en cuenta que para los meses de abril de 2013, marzo y abril de 2014, los servicios de Internet y telefonía no fueron facturados por \$0, tal como sí ocurrió en los demás meses en que estuvo vigente esta oferta informada al usuario en la respuesta de 19 de junio de 2013.

²⁰ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 144 a 191 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__25.pdf.

Ahora bien, pretende demostrar el proveedor de servicios que con posterioridad procedió a ajustar las factures emitidas en dichos periodos, pare lo cual allegó imagen de los ajustes realizados en su sistema de gestión contable, por valor de \$14.000 el 17 de octubre de 2013, de \$255.350 el 4 de mayo de 2014 y por \$109.310 el 23 de mayo del mismo año. (...)

Frente a este argumento, es del caso mencionar que si bien puede ser cierto que el usuario no allegó la información solicitada para el desembolso de los \$81.260,95, es del caso manifestar que **tampoco obra dentro de la actuación prueba que permita constatar que el proveedor de servicios procedió con pago por consignación conforme a lo informado en la respuesta de 19 de junio de 2013.**

Aunado a lo anteriormente mencionado, no resulta procedente la prueba que pretende hacer valer el recurrente tendiente a manifestar que el quejoso se le reintegró la suma reconocida en la decisión empresarial identificada con CUN 434730000688582 de 19 de junio de 2013 con el pago de \$500.000, **toda vez que dicho reembolso corresponde a una transacción del 5 de abril de 2013, fecha anterior a la emisión de la pluricitada comunicación de favorabilidad.** (...)

6.2. Respecto a "VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Violación del Principio de Legalidad" (...)

No obstante lo anterior, es claro que los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10, y el artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011 encuadran dentro del numeral 64 de la misma Ley, ya que si bien se puede establecer con claridad que en dicho numeral no está determinada de manera específica y precisa, esta si se puede determinar con la aplicación de otras disposiciones (...)

Así, se tiene que el artículo 64 numeral 12 señala lo siguiente: (...)

La norma precedente establece que constituye una infracción "cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales, o regulatorias en materia de telecomunicaciones". **Se trata de un supuesto de hecho que si bien no está definido de manera completa, viene a ser complementado al examinar otras disposiciones, luego entonces se incurrirá en el supuesto de hecho contenido en el numeral 12, cuando se desconozca alguna disposición (...), y para el presente caso es lo dispuesto en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10, y el artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, encontrándose así debidamente tipificada la conducta investigada como la sanción impuesta por esta Entidad.** (...)

6.3. En cuanto a "INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO. Vulneración del artículo 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009." (...)

En este orden de ideas, en lo que conciencie a la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza lo hace en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, y que obedece

principalmente a una facultad discrecional establecida en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual no es absoluta, y no depende de la aplicación de criterios subjetivos de acuerdo con el funcionario de turno.

En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 (...)

*Por ello, es preciso indicar que los criterios del artículo 66 ibídem se han valorado en todas las sanciones que emanan de este ente de control especialmente en la multa que hoy se acomete, la cual se fundamenta **principalmente en el criterio establecidos en el 1° del artículo ibídem, referidos a "la gravedad de la falta" y a la "Reincidencia en la comisión de los hechos"**, bajo el entendido que la vulneración a lo dispuesto en (...), es tan grave, que obligó al usuario a iniciar trámite administrativo ante esta Entidad para dar solución a lo reclamado (...)"*

6.4. Con relación a la "VULNERACIÓN DEL ARTICULO 44 DEL C.P.A.C.A: Proporcionalidad de la sanción" (...)

*Por lo anterior, no son de recibo los argumentos de la investigada dirigidos a cuestionar el monto de la sanción que le fue impuesta en el asunto que ahora ocupa la atención del Despacho, **pues como quedó demostrado a lo largo del presente numeral, el uso de la facultad discrecional desplegada por esta Superintendencia para electos de la graduación estuvo enmarcada en los criterios definidos por el legislador en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, derivando en la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo 65 ibídem.**"*²¹. (Mayúscula sostenida con negrillas en títulos del texto original, demás negrillas del Juzgado)

- A través de la Resolución 70459 del 03 de noviembre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en el sentido que no existió falta de tipicidad, toda vez que desde el inicio de la investigación se informó la conducta que daba lugar a la formulación de cargos (imputación fáctica y jurídica), la sanción a imponer y la relación existente entre estas; así como, se atendieron los criterios de gradualidad y proporcionalidad de la sanción conforma a la norma legal preestablecida y a las particularidades del caso concreto²².
- El anterior acto administrativo fue notificado por aviso a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. el 23 de noviembre de 2017²³.
- El 01 de diciembre de 2017, mediante recibo de caja 17-0097346,

²¹ Folios 46 a 51 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 209 a 219 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__28.pdf-, Cuaderno 1.

²² Folios 38 a 43 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 236 a 246 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__35.pdf-, Cuaderno 1.

²³ Folios 36 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, página 229-, Cuaderno 1.

la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., pagó la suma de \$72.392.775 por concepto de la multa impuesta en la Resolución 79437 de 2016²⁴.

- A través de oficio CUN 4347-13-0000688582 del 03 de diciembre de 2017, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. dio cumplimiento a la orden administrativa dada en las resoluciones hoy demandadas, indicándole al señor Jorge Luis Suárez Amézquita que el mayor valor cobrado en la facturación de abril de 2013, que hacía parte de la favorabilidad reportada en la orden de devolución por la suma de \$81.260,95, ya había sido puesta a disposición para ser retirada en cualquier oficina del Banco Davivienda. Mientras que en relación con los mayores valores cobrados en los periodos febrero, marzo y abril de 2014, reiteró que estos habían sido ajustados mediante los documentos 2018088 del 17 de octubre de 2013, por valor de \$14.000; 2191794 del 04 de mayo de 2014, por valor de 225.350; y 2214761 del 23 de mayo de 2014, por valor de 109.310.

Dicha comunicación fue enviada con copia a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que la recibió mediante radicado 14-089515-00043-0000 del 04 de diciembre de 2017²⁵.

Establecido lo probado en el proceso, el juzgado procede a estudiar cada uno de los cargos formulados por la demandante como seguidamente se expone.

2.5 CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

2.5.1. Violación al debido proceso - Pérdida de competencia de la facultad sancionatoria

Considera la parte actora que la Superintendencia de Industria y Comercio, profirió la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, habiendo perdido competencia para ello en los términos del artículo 52 del CPACA, dado que los hechos que originaron la investigación ocurrieron el 15 de abril de 2013, fecha en la cual se expidió la decisión empresarial 5192033 que se refutó incumplida, mientras que la notificación del referido acto administrativo sancionatorio se surtió el 29 de noviembre de 2016, es decir, habiendo transcurrido más de tres (3) años.

2.5.1.1 Análisis del Juzgado.

Para abordar el estudio del cargo resulta necesario en primer lugar traer a colación el contenido del artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece:

²⁴ Folios 35 y 133 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, página 228 -, Cuaderno 1.

²⁵ Folio 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 221 a 226 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__43.pdf.

“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 los 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, este término se contará desde el día siguiente a aquel en 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.”
(Resalta el Juzgado).

Con fundamento en lo anterior, las entidades administrativas siempre que adelanten investigaciones, conforme a la facultad sancionatoria, están sujetas a realizar el procedimiento, observando los principios de la función administrativa y deben proferir las decisiones respectivas en los plazos indicados, esto es: i) 3 años para decidir a partir de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudo ocasionarla, pero en todo caso, cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución; y ii) 1 año para resolver los recursos presentados, so pena de entenderse fallados a favor del recurrente.

En el caso concreto, la demandante precisó que el acto administrativo que impuso la sanción, esto es, la Resolución 79437 del 17 de noviembre de 2016, se notificó por fuera del término de tres (3) años que establece el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues en su concepto, los hechos que originaron la investigación ocurrieron el 15 de abril de 2013, fecha en la cual se expidió la decisión empresarial 5192033 que se refutó incumplida, mientras que la notificación del referido acto administrativo sancionatorio se surtió el 29 de noviembre de 2016.

Bajo dicha lógica, si bien en principio se podría pensar que la Superintendencia de Industria y Comercio había perdido competencia para proferir el acto sancionatorio en razón a que entre el 15 de abril de 2013, fecha en la que fue otorgada la favorabilidad que posteriormente fue refutada como incumplida y el 29 de noviembre de 2016, día de la notificación de la sanción, ya había transcurrido un lapso superior a los tres (3) años, el Juzgado debe precisar que, en el presente caso, de acuerdo con la motivación de los actos administrativos demandados y lo probado en el presente trámite, el hecho preciso que originó la sanción consistió en el incumplimiento al descuento del 100% en los

servicios de internet banda ancha y telefonía plan local 220 minutos para la línea telefónica 7260675, que había sido concedida en la referida comunicación CUN4347130000688582 del 19 de junio de 2013, pero concretamente respecto de la facturación que fue emitida al usuario para los periodos abril de 2013, y marzo y abril de 2014, conforme a lo indicado en la queja presentada por el señor Jorge Luis Suárez Amézquita **el 27 de abril de 2014**, así como la no devolución del cobro efectuado para los periodos marzo y abril de 2013, por un total de \$81.260,65 IVA incluido. Ello, por cuanto estas fueron las conductas específicas respecto a las cuales recayó el juicio de reproche que ocasionó tanto la sanción como la orden administrativa contenida en la Resolución 79437 de 2016.

En ese sentido, conforme lo indicado en el inciso segundo del artículo 52 del CPACA, el Despacho trae a colación providencias proferidas por el Consejo de Estado²⁶ en las cuales ha señalado respecto a la caducidad de la facultad sancionatoria tratándose de conductas de ejecución instantánea, conducta continuada y conducta reiterativa, que el término comienza a contarse dependiendo de cada una de ellas así: i) Conducta instantánea, como aquella que se consume en el momento mismo de la ejecución, el término de caducidad de la facultad sancionatoria empezará a contar desde el día de su ocurrencia; ii) Conducta continuada, como aquellas cuya ejecución se mantienen en el tiempo de manera ininterrumpida, el término de caducidad de la facultad sancionatoria empezará a contar a partir del día en que cesa su ejecución; y iii) **Conducta reiterada**, como aquella que comporta varias actuaciones homogéneas o repetición de un mismo comportamiento contrario a la norma, el término de caducidad de la facultad sancionatoria opera en forma independiente y autónoma en relación con cada una de las conductas y la contabilización del término debe realizarse a partir del momento en que cada hecho se produce.

Así las cosas, podría decirse que el incumplimiento a la referida favorabilidad se dio bajo la figura de conducta reiterada, dada las varias actuaciones homogéneas (todas estas originadas en la decisión empresarial del 15 de abril de 2013), pero separadas (facturaciones independientes en los periodos abril de 2013, y marzo y abril de 2014, como la no devolución del cobro efectuado para los periodos marzo y abril de 2013, que debió haberse realizado por consignación judicial tres (3) días hábiles después de recibir el usuario la referida comunicación); y por tanto, el término de caducidad contabilizado de manera independiente a partir del momento en que cada hecho se produjo, ocasionaría que respecto del incumplimiento a la favorabilidad relativa a la facturación del periodo abril de 2013 y la devolución del cobro efectuado en la facturación de marzo y abril del mismo año, habría sido superado dado que, como se ha expuesto, la notificación de la

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta – Descongestión, Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate, sentencia del 8 de febrero de 2018, Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00045-02; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00576-01, sentencia del 12 de abril de 2018; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00788-01, sentencia del 19 de julio de 2018.

Resolución Sancionatoria se surtió el 29 de noviembre de 2016, es decir, se habría excedido el término de tres (3) años señalado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

No obstante, se debe indicar que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se activa una vez la entidad tiene conocimiento de los hechos que podrían ser objeto de sanción, lo cual en el presente caso ocurrió el 27 de abril de 2014, fecha en la cual el señor Jorge Luis Suárez Amézquita presentó ante dicha entidad la queja, a través de la cual puso de presente su inconformidad respecto a lo que en su concepto constituía incumplimiento a sus derechos como usuario, por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección B, ha indicado que si bien en principio el término de caducidad debería contabilizarse desde el momento en que ocurrió el hecho constitutivo de infracción, **también debe tenerse en cuenta la fecha en la que la autoridad administrativa competente tuvo conocimiento del hecho, ya que antes le resultaría imposible ejercer su facultad sancionatoria**²⁷.

En consecuencia, en el presente caso no se trasgredió el término de tres (3) años para proferir y notificar el acto administrativo sancionatorio respecto a ninguna de las conductas constitutivas de infracción, puesto que, el momento en que la entidad demandada tuvo conocimiento de los hechos fue a partir de la queja presentada por el usuario, 27 de abril de 2014, mientras que la Resolución 79437 fue proferida el 17 de noviembre de 2016 y notificada el 29 del mismo mes y año, de tal manera que no se desconoció lo previsto en el artículo 52 del CPACA.

Ahora bien, en lo que se refiere a la aludida pérdida de competencia para resolver los recursos en sede administrativa, tampoco se observa sobrepasado el término de un (1) año que señala la precitada norma, pues como quedó probado en el proceso, el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución 79437 de 2016, se interpuso el 06 de diciembre de 2016, y la Resolución 70459 del 03 de noviembre de 2017, que resolvió el recurso de alzada fue notificada a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá el 23 de noviembre de 2017.

En consideración a todo lo anterior, el cargo no prospera.

2.5.2 Violación al debido proceso - Indebida formulación de cargos al no indicarse con claridad la norma infringida y falta de integración normativa.

Señala la demandante que, en el pliego de cargos la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció los principios de tipicidad, legalidad y debido proceso, así como los artículos 47 y 49 del CPACA, pues las normas indicadas como presuntamente vulneradas no contemplan per se infracción alguna, así como omite el deber legal de calificar los

²⁷ Sentencia del 19 de mayo de 2016, Magistrado Ponente: Fredy Ibarra Martínez, Expediente: 250002341000-2013-01975-00.

hechos a través de un trabajo de adecuación en el que demuestre el comportamiento adelantado por el infractor, y que este se enmarca dentro de la norma que la tipifica.

Considera que los artículos 10 y 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, no tipifican ninguna infracción por lo que no era posible formular cargos por su presunta transgresión, y además señala que las únicas conductas que pueden ser susceptibles de sanción son las contempladas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, las cuales en todo caso son de competencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

2.5.2.1 Análisis del Juzgado.

En primer término el Despacho precisa que de la lectura de los actos administrativos demandados, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio se remite a las facultades que le otorga la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción, y encuadra claramente la conducta desplegada por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá con lo establecido en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g y h del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Nótese que incluso desde la Resolución 82798 del 23 de octubre de 2015, por medio de la cual se inició la investigación administrativa y se formularon cargos, la SIC efectuó de manera clara la imputación fáctica y jurídica endilgada a la hoy demandante; la primera relativa a la presunta no atención efectiva, integral y definitiva a la decisión identificada con consecutivo 5192033 del 15 de abril de 2013, cuyos términos de cumplimiento fueron precisados mediante comunicado identificado con el CUN 4347130000688582 del 19 de junio de 2013; y la segunda a la presunta transgresión de la normas antes enunciadas. Por lo tanto, no es cierto lo aseverado por la parte actora al señalar que en la formulación de cargos no se indicaron los hechos constitutivos de la presunta infracción y su adecuación a la norma que las tipifica.

Además, debe recordarse que la calificación de la conducta presuntamente infractora y su adecuación a la norma que la tipifica se da en el acto administrativo que decide la investigación, una vez se ha surtido el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico, **y no, como erradamente parece entenderlo la demandante, en la formulación de cargos**, pues dicho acto constituye el punto de partida desde el cual se efectúa el procedimiento administrativo sancionatorio, pero no, donde se califica como tal si existió o no una infracción constitutiva de sanción.

Ahora bien, para desatar el cargo propuesto en cuanto a la supuesta descripción incompleta o falta de tipificación de la conducta dispuesta en los artículos 10 y 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, es necesario

en primer lugar enunciar en qué consisten los principios de legalidad y tipicidad. Al Respecto el Consejo de Estado²⁸ ha señalado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, en cuando al principio del legalidad, la Constitución Política colombiana, en su artículo 29, inciso 2° expresa:

«Artículo 29. (...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.»

Es decir que, de acuerdo con la Carta, no puede existir una sanción en la medida en que no exista una conducta que establezca la legalidad o ilegalidad de la actuación realizada.

(...)

Es así cómo, se evidencia que para que una conducta pueda acarrear una consecuencia, ya sea multa o sanción, debe existir una exigencia de que la conducta por la cual se está imponiendo dicha consecuencia, existiere al momento de su realización.

En cuanto a la tipicidad de la conducta, esta ha sido definida como:

«(...) el principio de tipicidad se concreta a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto - la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción - y de la sanción - la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria.»²⁹

Más recientemente se ha manifestado el Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad, en el sentido que éste es:

«“(...) la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.»³⁰” (Resalta el Despacho)

Así las cosas, el principio de legalidad hace referencia a la exigencia de que la conducta que se investiga y por la cual se sanciona, debe previamente existir en una norma que establezca la legalidad o no de

²⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del 11 de mayo de 2017, Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00871-02(4798-14)

²⁹ Ct. Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo

³⁰ Ct. Ibídem

la misma; y la tipicidad, a la descripción completa, clara e inequívoca del acto hecho u omisión de la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

Bajo dicho contexto, se debe traer a colación el contenido de la norma que la demandante reputa como carente de tipicidad – artículos 10 y 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011 – y que constituye una de aquellas respecto de las cuales se efectuó la imputación jurídica por parte de la Superintendencia demandada:

“Artículo 10. Derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de comunicaciones. El presente artículo contiene a manera de resumen y en forma general, los principales derechos y obligaciones de los usuarios, los cuales se desarrollan de manera detallada a lo largo de la presente resolución.

10.1. Son derechos del usuario de los servicios de comunicaciones, los siguientes:

(...)

g. Ser atendido por parte de su proveedor ágilmente y con calidad, cuando así lo requiera, a través de las oficinas físicas de atención, oficinas virtuales (página Web y red social) y la línea gratuita de atención al usuario.

h. Presentar fácilmente y sin requisitos innecesarios peticiones, quejas o recursos en las oficinas físicas, oficinas virtuales (página Web y red social) y la línea gratuita de atención al usuario y, además, a recibir atención integral y respuesta oportuna ante cualquier clase de solicitud que presente al proveedor.”

“Artículo 39. Derecho de Peticiones, Quejas y Recursos. Los usuarios de servicios de comunicaciones tienen derecho a presentar peticiones, quejas y recursos –PQR- ante los proveedores, en forma verbal o escrita, mediante los medios tecnológicos o electrónicos asociados a los mecanismos obligatorios de atención al usuario dispuestos en el presente Capítulo. Por su parte, los proveedores tienen la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las PQRs que les presenten sus usuarios.

Los proveedores deben informar a los usuarios en el texto del contrato sobre su derecho a presentar PQRs, aclarando en forma expresa que la presentación y trámite de las mismas no requiere de presentación personal ni de intervención de abogado, aunque el usuario autorice a otra persona para que presente una PQR.

Las peticiones, quejas y recursos de que trata el presente Capítulo, serán tramitadas de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición y recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo.

Cualquier conducta de los proveedores de servicios de comunicaciones que limite el ejercicio del derecho aquí consagrado, genera la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de las autoridades de inspección, vigilancia y control.” (Resalta el Despacho)

De lo anterior se advierte que, haciendo una interpretación sistemática de las referidas normas, resulta evidente que allí claramente se tipifica como una conducta susceptible de imposición de sanciones por parte de la autoridad de inspección, vigilancia y control, cualquiera de aquellas cometida por los proveedores del servicio que límite el derecho de petición, entre ellas, cuando no se brinda una atención ágil e integral.

Así mismo, debe indicarse que estas no fueron los únicos preceptos que constituyeron el sustento normativo para la imposición de la sanción aquí controvertida, pues para ello, la Superintendencia de Industria y Comercio también señaló los artículos 53, numeral 6 y 64, numeral 12 de la Ley 1341 de 2009, que establecen:

“ARTÍCULO 53. RÉGIMEN JURÍDICO. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.

En todo caso, es de la esencia de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones el derecho del usuario a presentar peticiones y/o reclamaciones sobre el servicio ofrecido, y a que estas sean atendidas y resueltas de manera oportuna, expedita y sustentada. De la misma forma, el derecho a recibir atención de forma eficiente y adecuada en concordancia con los parámetros que defina la CRC.

Se reconocerán, al menos, los siguientes derechos a los usuarios:
(...)

6. Obtener respuesta efectiva a las solicitudes realizadas al proveedor, las cuales podrán ser presentadas a través de cualquier medio idóneo de elección del usuario, aprobado por la CRC. (...)”

“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. (...)” (Resalta el Despacho)

Lo primero que observa el Despacho, es que tanto para la fecha en la cual el señor Jorge Luis Suárez Amézquita presentó la queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como para la fecha en que se otorgó la favorabilidad que se encontró incumplida, esto es, 27 de abril de 2014 y 19 de junio de 2013, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se encontraba obligada a atender de manera oportuna, eficaz e integralmente las solicitudes efectuadas por sus usuarios, bajo los parámetros establecido para el derecho de petición,

esto es, como bien se indicó en los actos administrativos acusados, "no basta con que en atención a una queja o a un recurso presentado por los usuarios, se limiten a acceder a todas y cada una de sus pretensiones de manera favorable, sino que esa integralidad implica que las decisiones que contengan favorabilidades, se hagan efectivas y se materialicen", **pues de lo contrario, se estaría aceptando que los derechos de los usuarios de este tipo de servicios son meramente formales.**

Así mismo, esta primera instancia considera que la descripción que traen las referidas normas es clara e inequívoca al tipificar como conducta sancionable, toda aquella que constituya incumplimiento o violación de las disposiciones legales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, particularmente las relativas a la obligación del proveedor de atender de manera integral y oportuna los requerimientos de sus usuarios.

De esta manera, contrario a lo expuesto por la actora, no es necesaria la remisión a otras normas o que el Ente Regulador deba determinar o especificar el contenido de la misma, en tanto la citada imputación jurídica señaló expresamente las disposiciones que de manera sistemática consagran la conducta sancionable, al indicar clara e inequívocamente que las solicitudes de los usuarios se deben atender integralmente, característica esta que de no cumplirse constituyen una infracción a una de las finalidades que persigue el régimen de protección al usuario de los servicios de telecomunicaciones, es decir los principios de calidad y buena fe consagrados en los artículos 3³¹ y 5³² de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Además, no se puede perder de vista que una de las consideraciones que tuvo en cuenta el Ente Regulador de Comunicaciones al expedir la referida Resolución 3066 de 2011, fue el fortalecimiento de los deberes de información por parte del proveedor frente al usuario con el fin de garantizar el uso efectivo de sus derechos:

"Que en el marco legal vigente, el usuario y la protección de sus derechos tienen un papel preponderante en el desarrollo del sector, lo cual puede evidenciarse no sólo en la inclusión de los principios antes indicados, sino en la fuerza que se le confiere a éstos desde el objeto de la Ley y a lo largo de la misma, quedando claro que la intervención del Estado debe garantizar la protección de los derechos de los usuarios, y velar por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios en un entorno de libre y leal competencia.

³¹ **"ARTÍCULO 3. PRINCIPIO DE CALIDAD.** Los proveedores de servicios de comunicaciones deben prestar los servicios en forma continua y eficiente, cumpliendo con los niveles de calidad establecidos en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, incluyendo las normas relativas a la calidad en la atención a los usuarios y, en todo caso, atendiendo a los principios de trato igual y no discriminatorio, en condiciones similares, en relación con el acceso, la calidad y el costo de los servicios." (Subraya el Juzgado)

³² **"ARTÍCULO 5. PRINCIPIO DE BUENA FE.** Los usuarios y los proveedores de servicios de comunicaciones deben respetar los derechos y obligaciones que se derivan para cada una de las partes como consecuencia del contrato de prestación de servicios de comunicaciones, de acuerdo con lo establecido en la Ley y la regulación vigente. En igual sentido, en todo momento, debe existir reciprocidad en el trato respetuoso que se deben mutuamente el proveedor de servicios de comunicaciones y los usuarios, tanto en la oferta, como en la celebración del contrato y durante su ejecución." (subraya del Despacho)

(...)

Que de manera adicional al estudio internacional mencionado, la CRC procedió a una revisión del marco normativo colombiano que conlleva a los análisis y conclusiones que constan en el Documento Soporte en mención, y respecto de los cuales se identificaron los siguientes pilares que conllevan a la construcción del presente acto administrativo: i) Marco general de derechos de los usuarios previstos en el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009; ii) Masificación del acceso y uso de las TIC para el efectivo ejercicio de los derechos de los usuarios; iii) Fortalecimiento de todos los deberes de información por parte del proveedor frente al usuario; iv) Primacía de la favorabilidad del usuario; v) Protección de los datos personales de los usuarios, vi) Prestación de los servicios en forma continua y eficiente, de acuerdo con las condiciones de calidad previstas en la regulación; y vii) Protección del medio ambiente con el uso de las TIC.

Que bajo el contexto de una Sociedad de la Información y el marco legal de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, dispuesto en la Ley 1341 de 2009, la Comisión considera de suma importancia hacer del régimen de protección de los derechos de los usuarios una verdadera herramienta en manos de la ciudadanía. En esa medida, como condición para favorecer el acceso a las TIC y garantizar el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de los proveedores de servicios de comunicaciones, se estima de gran importancia facilitar al usuario tanto el acceso al conocimiento de la información de su interés y el ejercicio de sus derechos, como la efectiva y ágil protección de los mismos." (Subraya fuera de texto)

De lo anterior, se concluye que no le asiste razón a la parte actora en invocar el principio de tipicidad y legalidad como fundamento de la aludida violación al debido proceso, pues es claro que el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con el inciso final del artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, y el contenido de los derechos de los usuarios contemplados en el artículo 53 de la ley 1341 de 2009 y 10 de la mencionada resolución que establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, no pueden ser consideradas como norma en blanco o abierta pues el supuesto de hecho que allí se señala se encuentra plenamente determinado.

Finalmente no se puede perder de vista que el artículo 2 ídem, consagra que "*toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y de las cláusulas del contrato celebrado entre el proveedor de servicios de comunicaciones y el usuario, será decidida a favor de este último, de manera que prevalezcan sus derechos*", de manera que si en todo caso llegare a existir alguna duda en la interpretación de la mencionada norma, ésta deberá siempre ser resuelta en favor del usuario y por tanto, **se reitera la obligación que le asistía a la demandante de cumplir con lo otorgado en la atención a la queja o petición que en su momento presentó el usuario, señor Jorge Luis Suárez Amézquita, pues de lo contrario se desnaturalizaría la protección integral que estos gozan en su relación con los proveedores de servicios de comunicación.**

En atención a los argumentos expuestos, el cargo planteado no prospera.

5.2.3 Infracción de las normas en que debía fundarse – desconocimiento del artículo 18 de la Ley 1755 de 2015 y violación al debido proceso y derecho de defensa – y desconocimiento de la aplicación del precedente – artículo 10 del CPACA, y de la confianza legítima consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política.

Por afinidad temática y compartir argumentos en su planteamiento, estos cargos se resolverán de manera conjunta.

Sostiene la parte actora que la entidad demandada desconoció lo consagrado en el artículo 18 de la Ley 1755 de 2015, pues no observó que el usuario presentó escrito de desistimiento, lo cual debió conllevar a la revocatoria directa de la sanción o al archivo de la investigación.

Advierte que, en todo caso, al usuario se le dio resolución favorable a sus pretensiones, y por tanto desaparecieron las razones que justificaban el *ius puniendi*, con lo cual, debió darse por terminada la actuación administrativa.

Así mismo, considera que ante el desistimiento del quejoso, de conformidad con el artículo 10 del CPACA, la administración debió haber archivado el proceso sancionatorio conforme lo venía realizando en diversos expedientes, en los cuales se reconoció el desistimiento expreso del usuario; no obstante no lo hizo, y por el contrario cambió de tajo su postura bajo argumentos vagos, genéricos e imprecisos, vulnerando así los principios de igualdad y confianza legítima. Además, indica que la entidad demandada desconoce su propia regulación, en especial la Circular Única – Título I, numeral 1.7.

5.2.3.1 Análisis del Juzgado

Como quedó dilucidado en el acápite de hechos probados jurídicamente relevantes, la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos acusados advirtió claramente a la demandante que la actuación no recaía sobre la promoción otorgada a partir del 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de octubre de 2012, sino en la promoción que debía iniciar el 1 de abril de 2013 y culminar el 30 de abril de 2014, conforme a la favorabilidad expuesta en la comunicación del 19 de junio de 2013.

En ese sentido, observa el Juzgado que el desistimiento a que alude la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - oficio de fecha 15 de abril de 2013 -, si bien recayó sobre la petición con radicación 5046114 del 05 de enero de 2013, esta última que originó la decisión administrativa 5192033 del 15 de abril de 2013, cuyos términos fueron precisados en la decisión CUN 4347130000688582 del 19 de junio del mismo año; lo cierto es que el desistimiento quedó sin efecto frente a los hechos que constituyeron la infracción sancionada, esto es, respecto a la promoción que no se encontró satisfecha en algunos de los periodos facturados

entre abril de 2013 y abril de 2014, una vez el señor Jorge Luis Suárez Amézquita presentó la queja que dio origen a la actuación administrativa – 24 de abril de 2014 –, pues en ella el usuario claramente señaló que pese haberse presentado dicho escrito de desistimiento, la oferta y el beneficio reconocido no se había cumplido pues se seguían presentando cobros de facturación para los meses de marzo y abril de 2014.

Por consiguiente, no puede pretender la demandante la aplicación del artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015³³, así como lo contenido en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio³⁴, respecto de un escrito de desistimiento que posteriormente fue revertido por el usuario, dado que, en el curso de un año en el cual la promoción debía estar activa, el proveedor del servicio no la cumplió de manera consecutiva e integral. **En ese sentido, resulta claro que se debe dar aplicación al derecho material, por lo que, el referido escrito de desistimiento al haberse presentado de manera previa a la queja que dio origen a la actuación administrativa, y sin que se hubiere presentado desistimiento expreso ante la autoridad administrativa de vigilancia y control en relación a esta última, no le asiste razón a la demandante en cuanto al cargo formulado.**

En ese orden de ideas, tampoco se advierte transgresión a lo dispuesto en el artículo 10 del CPACA y a los principios de igualdad y confianza legítima, pues al no encontrarse probado el desistimiento en los términos antes expuestos, la administración debía continuar con el proceso sancionatorio y determinar la responsabilidad objetiva de la investigada, como en efecto lo hizo, al encontrar que pese al ofrecimiento de un año gratis con descuento del 100% de los servicios de internet banda ancha y de plan local 220 minutos para la línea 7260675 para el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2013 y 30 de abril de 2014; durante la facturación de marzo de 2013, y marzo y abril de 2014, no se había aplicado dicha favorabilidad, por lo que, si bien respecto de los primeros se había otorgado como beneficio la devolución del cobro efectuado por la suma de \$81.260,95, este no se había realizado.

Ahora bien, en lo que concierne a la resolución favorable que dice haber efectuado la demandante previo a la imposición de la sanción, respecto a los aspectos refutados como incumplidos en los actos acusados, cabe advertir que tal y como se expuso en la motivación de las resoluciones 79437 de 2016 y 25966 de 2017, en las facturas emitidas para los periodos de abril de 2013, y marzo y abril de 2014, la Empresa

³³ **ARTÍCULO 18. DESISTIMIENTO EXPRESO DE LA PETICIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria por razones de interés público; en tal caso expedirán resolución motivada."

³⁴ **"1.7. Desistimiento o retiro expreso** Los interesados podrán desistir expresamente de sus peticiones en cualquier tiempo antes de que se adopte la decisión definitiva, sin perjuicio de poder volver a presentar la petición con el lleno de los requisitos legales. No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá continuar la actuación de oficio, si lo considera necesario por razones de interés público, tal y como lo dispone el artículo 18 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Esta decisión será adoptada mediante resolución motivada."

de Telecomunicaciones no aplicó el descuento del 100% para los servicios de internet y telefonía, al cobrar en dichas facturas \$59.500, \$ 121.290 y 248,970 respectivamente³⁵, **con lo cual, en efecto se encuentra demostrado el incumplimiento a la atención integral que había sido concedida formalmente al usuario.**

Así mismo, comparte el Juzgado el argumento expuesto por la SIC en las resoluciones demandadas, cuando afirma que el cheque emitido del 05 de abril de 2013, por valor de \$500.000, en favor del señor Jorge Luis Suárez, no puede dar certeza del cumplimiento al beneficio otorgado en relación con la devolución de la suma de \$81.260,95, por cuanto la hoy demandante no logró probar los rubros a que correspondía dicho pago y porque en todo caso, el referido cheque fue girado mucho tiempo antes de haberse otorgado la mencionada favorabilidad al usuario, puesto que está se estableció en la comunicación CUN 4347130000688582 del 19 de junio de 2013, es decir, más de dos meses después de la expedición de dicho título.

Por último, cabe advertir que, como se expondrá más adelante, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio omitió analizar en debida forma si los cobros realizados en los periodos ya descritos, se encontraban posteriormente ajustados o no en favor del quejoso, lo cierto es que tal situación no desvirtúa la comisión de la infracción, sino que debe ser abordado desde la óptica de la graduación de la sanción.

Por lo expuesto, los cargos analizados en este numeral no prosperan.

5.2.4 Indebida tipificación por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción - Violación al principio de legalidad y proporcionalidad – y vulneración del artículo 44 del CPACA – proporcionalidad de la sanción.

Al igual que como ocurrió en los dos cargos anteriores, por efectos metodológicos los presentes serán resueltos de manera conjunta por tener afinidad temática y compartir argumentos en su planteamiento.

Sostiene la ETB S.A. E.S.P. que se vulneró lo señalado en los artículos 65 y 66 de la Ley 1391 de 2009, pues la Superintendencia de Industria y Comercio no apreció de manera conjunta los criterios para imponer la sanción pecuniaria en su contra, y se limitó a estudiar únicamente la gravedad y reincidencia de la falta, además, porque omitió motivar la dosimetría de la sanción impuesta.

5.2.4.1. Análisis del Juzgado

Para abordar los planeamientos de la actora, es necesario en primer término traer a colación los artículos 65 y 66 de la ley 1341 de 2009:

³⁵ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 180, 189, 190 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__25.pdf.

“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.” (Subraya el Despacho)

El artículo previamente transcrito, dispone que la persona natural o jurídica que cometa cualquiera de las transgresiones del artículo 64 ídem será sancionada, entre ellas, la contenida en el numeral “12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.”

Así entonces, el artículo 66 de la misma norma establece:

“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.”

Ahora bien, como la acusación se concreta a que en el acto sancionatorio no se valoraron la totalidad de los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, para imponer la sanción, el Juzgado precisa que la norma en comento no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios allí enunciados, sino que estos se constituyen en el marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponerlas, por ello se procede a analizar el fundamento de los actos acusados respecto a éste punto.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto sancionatorio, dispuso que la sanción pecuniaria se tasaba en la suma de \$72.392.775, equivalente a 105 SMLMV, dado la naturaleza de la infracción y, en particular la gravedad y reincidencia del hecho constitutivo de transgresión a los derechos de los usuarios del servicio de comunicaciones; en atención a los extremos máximos y mínimos de la norma.

En ese sentido, la entidad expresó que una vez evaluada la conducta objeto de reproche al proveedor, esta generó para el usuario verse obligado a adelantar un nuevo trámite en sede empresarial con el fin de obtener la materialización de la favorabilidad que ya había sido concedida, y de esta manera se vio expuesto a un largo periodo de tiempo para lograr la materialización de sus derechos, lo que conllevó a su turno, mayor actividad para la Administración al adelantar el procedimiento pertinente (criterio concerniente a la gravedad de la falta); así como, refirió que dicha conducta en relación con otros usuarios, ya había sido objeto de sanción en actos administrativos emitidos por ese Ente de Control, como por ejemplo las actuaciones administrativas adelantadas bajo los números de radicado 12-60899 y 12-57513, que demostraba la reiterada tendencia a vulnerar el Régimen de Protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

Por consiguiente, señaló que la multa sería incrementada en cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Así las cosas, encuentra el Despacho que **la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, sin que se evidencie una indebida tipificación por inobservancia de los criterios legales establecidos para definir la sanción** ni tampoco, en principio, el desconocimiento de la proporcionalidad, **ya que ésta valoró la conducta atendiendo la gravedad de la falta, la importancia de los derechos afectados y la reincidencia en los hechos sancionables.**

Ahora bien, en cuanto a la proporción y monto de la sanción pecuniaria impuesta a la accionante, es necesario recordar que uno de los elementos fundamentales del Régimen de Protección de los Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones que contenía la Resolución CRC 3066 de 2011, es el derecho de los usuarios a que sus solicitudes sean atendidas de manera íntegra y bajo criterios de calidad y oportunidad, por lo tanto, **si el proveedor concede formalmente determinados beneficios como consecuencia de una petición o queja presentada por este, estos deben materializarse en la forma y oportunidad allí descritos, pues de lo contrario se atenta contra el ejercicio efectivo de los derechos de los consumidores; situación que fue precisamente lo que fundamentó los actos administrativos demandados.**

Además no se puede perder de vista que la Superintendencia contaba con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, para lo cual se trae a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado en un tema similar al que nos ocupa, respecto de una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, donde al estudiar el cargo sobre la multa impuesta, precisó:

*“Finalmente en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que **las sanciones impuestas en las resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.***

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda³⁶ (Negrillas y subraya del Juzgado).

No obstante lo anterior, si bien los actos administrativos observaron los criterios legales establecidos para definir la sanción, en cuanto se valoró la conducta atendiendo la gravedad de la falta, la importancia de los derechos afectados (proporcionalidad propiamente dicha) y la reincidencia en los hechos sancionables, el Juzgado no puede perder de vista que en el curso de la actuación administrativa, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá demostró el cumplimiento a una de las dos favorabilidades otorgadas al reclamante por el proveedor de servicios y que constituyeron la razón de la imposición de la sanción, como fue, el ajuste a la facturación emitida en su momento para los periodos abril de 2013, de marzo y abril de 2014.

En efecto, se observa que en el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra el acto sancionatorio, la entidad hoy demandante aportó, además de, imagen de los ajustes realizados en su sistema de gestión contable, por valor de \$14.000 el 17 de octubre de 2013, de \$255.350 el 4 de mayo de 2014 y por \$109.310 el 23 de mayo del mismo año, los documentos de crédito en los cuales se advierte la correcta aplicación de los precitados ajustes, con fecha de expedición 29 de octubre de 2015, referentes al periodo abril de 2013, y marzo y abril de 2014³⁷. Sin embargo, la Superintendencia demandada, en la Resolución 25966 del 17 de mayo de 2017, si bien acepta que ello ocurrió, **no realiza análisis alguno tendiente a determinar la incidencia de dicha situación en la tasación de la multa, lo que claramente vulnera el principio de adecuación y proporcionalidad la sanción.**

En ese sentido, aunque como se explicó previamente, el cumplimiento parcial y tardío de la obligación legal del proveedor frente a la atención integral y oportuna al usuario no lo exime de la sanción, pues, en todo caso esta existió y afectó de manera grave las expectativas legítimas de este; tal situación, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sí constituye una circunstancia a tener en cuenta para efecto de atenuarla.

En consecuencia, **el cargo analizado en relación con la falta de motivación en la proporcionalidad de la sanción está llamado a prosperar** y por tanto, se declarará la nulidad parcial de las resoluciones demandadas, en tanto esta primera instancia considera adecuado disminuir el monto de la multa impuesta a la mitad, dado que, como se expuso, uno de los dos ofrecimientos que se imputaron como cumplidos, fueron subsanados y materializados en favor del usuario en el curso de la actuación administrativa.

³⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso, sentencia del 28 de enero de 2020, Ref. 2001-00364-01.

³⁷ Folios 133, Cuaderno 1 - CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-89515.pdf, páginas 154 a 156 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-89515, archivo 14_0089515__25.pdf.

De igual manera, como se encuentra demostrado que la entidad demandante canceló la suma de \$72.392.775 correspondiente al valor de la multa impuesta, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá reintegrar el 50% de dicho valor, es decir, la suma de \$36.196.387 y su indexación, teniendo en cuenta la fecha de pago y de la presente sentencia, conforme la fórmula dispuesta por el Consejo de Estado, de la siguiente manera:

$$VA = VH \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

- VA: Valor Actualizado
- VH: Valor Histórico
- Índice Final
- Índice Inicial

Entonces;

50% del valor de la multa pagada \$36.196.387

$$VH = \$36.196.387 \frac{108,84(\text{IPC mayo}^{38} 2021)}{96,92(\text{IPC diciembre 2017})} \quad \mathbf{VA = \$40.648.109}$$

2.6 Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo, por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia es favorable parcialmente a las pretensiones de la demanda, no se condenará en costas a la Superintendencia de Industrias y Comercio, por cuanto en estos casos le está permitido al Juez abstenerse de proferir condena en tal sentido.

Lo anterior, dada la naturaleza del asunto en que recayó la actuación administrativa aquí estudiada, la cual resulta relevante para garantizar los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, y en especial porque las pretensiones acogidas no constituyen desvirtuación a las conductas que resultaron en la afectación del derecho del señor Jorge Luis Suárez Amézquita a recibir atención adecuada y real frente a las condiciones de prestación de los servicios contratados en su momento con la hoy demandante, tal y como se expuso en la parte motiva de este fallo.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

³⁸ Último consolidado y reportado por el DANE a 30 de junio de 2021.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00098-00
Demandante: ETB SA ESP
Demandada: Superintendencia de Industria y Comercio
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Sentencia

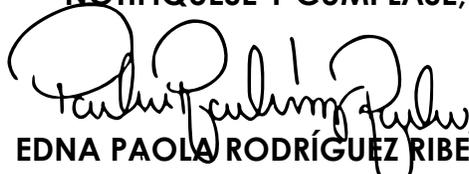
FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 79437 del 17 de noviembre de 2016, 25966 del 17 de mayo de 2017 y 70459 del 03 de noviembre del mismo año, por medio de las cuales se sancionó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho **ordenar** a la Superintendencia de Industria y Comercio, reintegrar a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la suma de CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO NUEVE PESOS M/C (\$40.648.109) correspondiente al 50 % del valor cancelado por concepto de la multa impuesta y su indexación, en los términos del artículo 192 del CPACA, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza

D.C.R.P.