

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D. C., quince (15) de febrero del año dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No.11001-33-34-001-2015-00129-01
Actor: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP (ETB)
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de junio del año 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (fls. 383 a 420 vltos. cdno. No. 1), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"PRIMERO: NEGAR todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: ARCHÍVESE el Expediente previa ejecutoria de esta Sentencia.

QUINTO: Esta decisión se notifica de conformidad al artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo." (fl. 420 vlto. cdno. No. 1 – negrillas y mayúsculas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el día 17 de marzo del año 2015, en la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos de Bogotá, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB), actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 107 a 150 cdno. No. 1), con las siguientes pretensiones:

"II. PRETENSIONES

1. *Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio:*

- *Resolución No. No. 14114 del 22 de Marzo de 2013, por la cual se impuso a la Empresa de Telecomunicaciones de BOGOTA S.A. E.S.P. una sanción administrativa de carácter pecuniario por la suma de VEINTICUATRO MILLONES SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$24.169.500.), equivalentes a CUARENTA Y UN (41) salarios mínimos mensuales legales vigentes y ordenó a la sociedad que en el término de 10 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la decisión se dé cumplimiento a la petición del 14 de julio de 2012.*
- *Resolución 92632 del 30 de diciembre de 2013, por el cual se resuelve recurso de reposición y se concede el de apelación, confirmando la resolución recurrida.*
- *Resolución No. 31864 de' 16 de Mayo de 2014, por la cual se resuelve recurso de apelación, ordenando confirmar las dos resoluciones anteriores.*

2. *Que se declare que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. no desconoció los artículos 54, 65 y 66 - 1 de Ley 1341 de 2009; literal h) del numeral 10.1. del artículo 10 y 40 de la resolución 3066 de 2011.*

3. *Que se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, la devolución de lo pagado por concepto de sanción pecuniaria (multa) con su respectiva indexación.*

4. *Se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, cancelar cualquier registro o anotación que hubiere efectuado por motivo de las Resoluciones No. 14114*

del 22 de Marzo de 2013, 92632 del 30 de diciembre de 2013 y 31864 del 16 de Mayo de 2014.

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en los artículos 298 y 299 del CP. ACA.

6. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los Intereses moratorios que señale el ordenamiento jurídico.

7. Que se actualice la condena respectiva, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la sanción hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

8. Que se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, a apagar las costas y agencias en derecho.

PRETENSION SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL

En el evento de no prosperarla pretensión segunda principal o de prosperar parcialmente, solicito se ordene reducir y graduar la sanción pecuniaria prevista en la Resoluciones No. 14114 del 22 de Marzo de 2013, 92632 del 30 de diciembre de 2013 y 31864 del 16 de Mayo de 2014. a la mínima proporción posible, observando los criterios orientadores, entre ellos, se propone la señalada en el artículo 81 numeral 2 de la Ley 142 de 1994." (fls. 108 a 110 cdno. No. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

2) Efectuado el respectivo reparto correspondió el conocimiento de la acción de la referencia al Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (fl. 151 *ibídem*).

2. Hechos

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

1) El día 8 de agosto del año 2012, el señor Cristian Daniel Torres López formuló una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, argumentando que el servicio prestado por la empresa era

intermitente, y por ello solicitó servicio de visita técnica para corregir la instalación de la línea telefónica.

Igualmente, solicitó la activación del identificador de llamadas en dos ocasiones más ante la empresa prestadora del servicio de telefonía, de conformidad con los radicados Nos. 26768 y 16219, siendo informado que no se podía instalar ese servicio porque la línea no contaba con tecnología comprometiéndose a cambiar la misma.

2) El día 14 de julio del año 2012, el usuario del servicio realizó una petición y queja ante la ETB S.A. ESP, el cual fue resuelto mediante oficio con consecutivo No. 4716398 el 6 de agosto de 2012, en el que se informó que el cambio de línea telefónica para activación de identificador de llamadas no podía efectuarse por indisponibilidad temporal en los sistemas producto de un proceso de migración en el que se encontraba la ETB.

La comunicación fue enviada al señor Cristian Torres, tal como consta en la planilla de envío No. 10A08088012 de la empresa Servientrega y en el recibido a satisfacción No 1069365436 del día 8 de agosto de 2012.

3) El mismo día 8 de agosto del año 2012, el usuario formuló queja ante la SIC, negándose a agotar los trámites de notificación, igualmente reiteró su reclamo ante la ETB el día 8 de septiembre de 2012 por suspensión del servicio.

4) El día 10 de septiembre del año 2012 la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), a través de la Resolución No. 53584 inició una investigación administrativa identificada con el número 12132941 y formuló cargos en contra de la ETB con fundamento en la Ley 1341 de 2009 y el

artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, para establecer si operó el silencio administrativo positivo a favor del usuario.

5) La ETB S.A. ESP, presentó descargos el día 26 de septiembre de 2012, señalando que a la petición del usuario radicada el 14 de julio de 2012 se dio respuesta oportuna con oficio No. 4716398 del 6 de agosto de 2012 y la comunicación fue enviada adecuada y oportunamente como consta en la planilla de control, en el recibo de Sevientrega y la notificación por edicto.

6) Mediante Resolución No. 71772 del 26 de noviembre del año 2012, la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la SIC, declaró agotada la etapa probatoria en éste asunto.

7) Posteriormente, por medio de la Resolución No. 14114 del 22 de marzo del año 2013, la SIC impuso sanción a ETB consistente en 41 smlmv y ordenó en el término de 10 días hábiles darle respuesta a la petición presentada el día 14 de julio de 2012.

Lo anterior con fundamento en que, conforme a lo previsto en el artículo 69 del CPACA se consideró acreditada la ocurrencia del silencio administrativo positivo, toda vez que no existió prueba que demuestre que se dio atención adecuada a la petición del usuario.

No se encontró causal para exonerar al proveedor, y la gravedad de la conducta se sustenta en la falta de atención oportuna de la petición, incumpliendo lo regulado en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

Respecto a la dosimetría de la sanción se indicó que la graduación de la sanción es una facultad de la superintendencia obedece a una facultad discrecional que no es absoluta y se encuentra regulada por el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con el numeral 12

del artículo 64 y 65 de la misma normatividad, se aplicó para imponer sanción pecuniaria.

En la citada resolución se ordenó a la ETB que en el término de diez días se atendieran favorablemente las pretensiones de la petición del 14 de julio de 2012.

8) Mediante aviso 3216 del 25 de abril de 2013, se notificó la resolución sancionatoria, en contra de la cual, el día 20 de mayo de 2013, la ETB S.A. interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución 14114 del 22 de marzo de 2013.

9) La Resolución No. 92632 del 30 de diciembre de 2013, resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación, la cual se notificó mediante aviso 8759 del 21 de febrero de 2014.

10) Por medio de la Resolución No. 31864 del 16 de mayo de 2014 el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor, resolvió el recurso de apelación confirmando los actos previos sancionatorios, la decisión anterior fue notificada mediante aviso No 56374 del 30 de septiembre del año 2014.

11) Es así como, transcurrió más de un año entre la radicación de los recursos y la ejecutoria del auto que decidió el recurso de apelación, razón por la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del CPACA, ya había operado de pleno derecho la pérdida de competencia para decidir los recursos por parte de la demandada.

3. Los cargos de la demanda

La solicitud de nulidad de las Resoluciones Nos.: 14114 del 22 de marzo del año 2013, 92632 del 30 de diciembre del año 2013 y 31864 del 16 de mayo del año 2014, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio se sustentó en los siguientes cargos:

3.1 Naturaleza jurídica del proceso sancionatorio adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

El proceso sancionatorio administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, fue regulado en la Ley 1341 de 2009, cuyo objeto fue establecer el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional.

Da lugar a la actuación administrativa sancionatoria toda violación a la Ley y a sus Decretos reglamentarios, especialmente el régimen de infracciones y sanciones de la Ley 1341 de 2009, criterios para definir las y procedimiento, actuación que deberá estar precedida de las garantías del debido proceso, defensa y contradicción.

De acuerdo a las tesis jurisprudenciales, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para realizar un control pleno e integral de los actos sancionatorios proferidos por la administración, en este caso, las adelantadas por la SIC.

3.2 Expedición de los actos administrativos sin competencia, configuración de silencio administrativo positivo.

Frente al poder sancionatorio, la Corte Constitucional ha expresado, que es un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus

propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos.

La facultad sancionatoria otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio, se basa en investigar y sancionar las conductas violatorias de los derechos de los consumidores, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011.

El Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), le otorga facultades administrativas sancionatorias a la Superintendencia de Industria y Comercio, que previa investigación administrativa, impondrá las sanciones correspondientes, y en lo no regulado se remitirá al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El CPACA señala la forma como se debe desarrollar el procedimiento administrativo sancionatorio, es así como en el artículo 52 de la citada normatividad frente a la caducidad de la facultad sancionatoria, señala que la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres años de ocurrido el hecho, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado, de otro lado, los actos que resuelven los recursos deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un año contado a partir de su debida y oportuna interposición, es así como, si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente.

No solo la pérdida de competencia, es la consecuencia de la administración al no cumplir con los términos señalados en el proceso sancionatorio, toda vez que si no se deciden los recursos dentro del término previsto en la norma un año, contado a partir de la debida y oportuna interposición de estos, se entienden fallados a favor del recurrente.

El silencio administrativo positivo opera en el caso de no resolver los recursos en el término previsto por la norma; sin embargo existe una excepción a la norma, y es que se hayan presentado circunstancias excepcionales de fuerza mayor o el caso fortuito, que justifiquen la mora en la resolución del recurso, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, exigiendo que tal circunstancia se ponga de presente en el acto que decide los recursos.

Un acto administrativo, es oponible a terceros y queda en firme después de encontrarse debidamente notificado y resueltos los recursos presentados en su contra, cumpliendo con todas las garantías previstas del debido proceso, en efecto el artículo 87 del CPACA establece las circunstancias de firmeza de un acto administrativo.

El Consejo de Estado al unificar el criterio respecto de la contabilización del término de caducidad en materia disciplinaria, concluyó que no solo debe existir la expedición del acto, sino su notificación.

En el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio, desconoció lo previsto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que el acto que resuelve el recurso de apelación, fue notificado y conocido por la ETB S.A. ESP, después del año señalado por la norma para que se decidiera, caducando la facultad sancionatoria de la administración y por ende consolidándose la pérdida de competencia de la SIC y el silencio administrativo positivo.

De acuerdo a lo anterior el recurso de reposición y en subsidio de apelación debida y oportunamente interpuesto por la ETB S.A. ESP, fue radicado el día 20 de mayo de 2013 y la administración en este caso, notificó por medio de aviso No. 56374 del 30 de septiembre de 2014 la resolución 31864 que resolvió el recurso de apelación, cobrando así firmeza el acto el 1º de octubre de 2014.

La Resolución No. 31864 por la cual se resolvió el recurso de apelación fue notificada cuatro meses y diez días después del término previsto para ello, sin motivar en la decisión la ocurrencia de circunstancias excepcionales como fuerza mayor o caso fortuito que justificaran la mora de la SIC, para resolver el recurso e impedir que se configurara el silencio administrativo positivo.

3.3 Violación al debido proceso por omisión de etapas procesales.

El procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, es supletorio frente a la ley especial que regula el sector de las telecomunicaciones y cumple funciones de integración normativa por medio del artículo 47 del CPACA, así como en el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor).

La Ley 1437 de 2011 no derogó la Ley 1341 de 2009, ni expresamente dispuso su adición o modificación, pero sí introdujo procedimientos necesarios para garantizar el debido proceso administrativo, entre ellos: a) la inserción de tres nuevas etapas procesales (la comunicación al interesado, el traslado para alegar agotada la etapa probatoria y el traslado de las pruebas aportadas con el recurso de reposición); b) la modificación o adición de etapas ya existentes: el deber de indicar dentro de la formulación de cargos las sanciones o medidas que serían procedentes, la notificación de los cargos por aviso en vez del edicto, la utilización de medios electrónicos, la notificación electrónica, en estrados y por aviso; y c) la inclusión de un nuevo elemento para la graduación de las sanciones: el grado de prudencia o diligencia con que el procesado haya atendido los deberes o haya aplicado las normas pertinentes.

La afectación al debido proceso por la omisión de etapas procesales conlleva el procesamiento arbitrario del sancionado, con desconocimiento de las garantías que consagra la Constitución y la ley.

De la lectura de la Resolución No 53584 del 10 de septiembre de 2012 a través de la cual se ordenó la apertura de investigación administrativa y la formulación de cargos, se advierte que se omitió en ésta la alusión exigida a las sanciones o medidas que serían procedentes frente a la presunta infracción, omisión que atenta contra el derecho de defensa, habiéndose impedido la controversia de los factores que debían sustentar la posible sanción.

La obligación de señalar las sanciones y medidas procedentes no puede superarse con el simple enunciado del artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, en tanto se prevén en la norma cuatro tipos diferentes de sanción, amonestación, multa hasta el equivalente a dos mil SMMLV, suspensión hasta por dos meses y caducidad del contrato, cancelación de licencia, autorización o permiso, condición que obligaba a la valoración y motivación de criterios para determinar la procedencia de una u otra y es esa omisión la que impide ejercer la defensa del investigado.

Advirtió que, se omitió la etapa de traslado para alegar prevista en el inciso segundo del artículo 48 del CPACA, esta etapa procesal fue omitida por la SIC que sin dar posibilidad de conocer las eventuales sanciones a imponer, sin motivación en sus argumentos, sin análisis de la realidad fáctica, decidió no decretar pruebas de oficio y pese a ser su obligación el esclarecimiento de la verdad, prescindió del termino probatorio y declaró agotada la etapa probatoria sin conceder recurso alguno y sin dar traslado para presentar alegatos antes del fallo.

Ahora bien, mediante Resolución No 71772 del 26 de noviembre de 2012 la SIC resolvió tener como pruebas las presentadas por el tercero interesado y las presentadas por el proveedor de servicios investigado, prescindió del término probatorio de 30 días y declaró agotada la etapa probatoria, procediendo cuatro meses después a proferir la Resolución No 14114 del 22 de marzo de 2013, imponiendo una sanción

administrativa, sin que se diera traslado para alegar antes del fallo por el término de diez días como lo dispone el artículo 48 del CPACA.

3.4 Incongruencia entre el auto de cargos y los fallos de primera y segunda instancia - violación del derecho de audiencia y defensa.

El pliego de cargos es, en el proceso sancionatorio, pieza fundamental sobre la cual se fundamenta la acusación y la defensa dentro del proceso adelantado por la SIC en contra de la ETB, a partir de allí se establecen las bases sobre las cuales la administración ejercerá la potestad sancionatoria y el investigado adelantará su defensa, razones consistentes con los principios y garantías al debido proceso y al derecho de defensa de estirpe constitucional y de observación obligatoria en éste tipo de procesos.

No obstante lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio alteró el fundamento de la investigación al incluir aspectos no denunciados por el usuario y modificó sustancialmente la imputación fáctica y jurídica efectuada en el pliego de cargos, tanto en el fallo de primera como de segunda instancia.

Sin lugar a dudas lo requerido por el usuario era acceder al servicio de identificador de llamadas, en su línea o en una nueva línea, solicitando la asignación a través de la denuncia instaurada ante la SIC, no obstante la superintendencia profirió la resolución No. 53584 el 10 de septiembre de 2012, por no atender oportuna y adecuadamente la solicitud del 14 de julio de 2012 echando de menos la respuesta del proveedor y considerando configurado el silencio administrativo positivo.

Sin embargo, el fallo de primera instancia consideró que la notificación de la respuesta al requerimiento fue inadecuada, se causó el silencio administrativo positivo, y además, en criterio de ese organismo, no se otorgó una decisión de fondo a la solicitud de activación de la línea

telefónica con identificador de llamadas y ordenó que así lo hiciera la ETB en el término de 10 días, es decir, hizo obligatorio para la empresa dar respuesta positiva a todos los servicios solicitados por los usuarios aún a costa de su propia infraestructura.

Por su parte la misma dependencia de la Superintendencia de Industria y Comercio al resolver el recurso de reposición y desatar el recurso de apelación, incluyó un nuevo reproche al proveedor por haber cancelado la línea telefónica, sin solicitud previa y agregó como criterio de clasificación de la sanción la reincidencia de la empresa investigada, pese a que en la actuación no obra ninguna prueba de otras sanciones impuestas a la ETB S.A. ESP, ni se hizo referencia a este hecho en los cargos o en el fallo de primera instancia.

Finalmente en el fallo de segunda instancia proferido por el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor, fue rechazada la prueba allegada para demostrar que el retiro de la línea obedeció a una petición específica que en ese sentido hizo el usuario en petición del 8 de septiembre de 2012; además se incluyeron como nuevos criterios de clasificación de la falta los previstos en los artículos 10, literal h) del numeral 10.1 y 40 de la Resolución 3066 de 2011, y se retiró de la argumentación el criterio de reincidencia.

Conforme a lo anterior resulta evidente la vulneración de las garantías constitucionales y legales al debido proceso y al derecho de defensa configurando la causal de nulidad que se alega.

3.5 La investigación y sanción se inició antes que se concluyeran los términos de notificación de la petición inicial – no se configuró el silencio administrativo positivo.

La queja del señor Cristian Daniel Torres López fue radicada ante la SIC el día 8 de agosto de 2012, reconociendo que el servicio de internet ya había sido solucionado por la empresa y que así mismo le había informado de la imposibilidad técnica de instalar el identificador

en la línea telefónica asignada a su predio, además que en ese momento no se tenía disponibilidad de líneas para cambiarla.

Como se desprende de la denuncia radicada el 8 de agosto de 2012 ante la SIC, el usuario reconoce haber recibido respuesta de la ETB E.S.P. S.A., y su reclamación se dirige a exigir que se instale el identificador de llamadas, pese a que la empresa ha sido clara en indicar que no tiene posibilidad técnica de hacerlo en ese momento.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 la petición debía ser resuelta dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud por parte del proveedor, en este evento la petición ante la ETB la efectuó el día 14 de julio de 2012, por lo que el vencimiento del término para resolver se extendía hasta el 6 de agosto de 2012.

Es así como el 6 de agosto de 2012 la ETB expidió el oficio No. 4716398, que fue enviado a la dirección ofrecida por el usuario el día 8 de agosto de 2012 y recibido por el señor Carlos Torres, quien ese mismo día radicó la denuncia ante la SIC, lo que ratifica que conoció el contenido de la comunicación y renunció a los recursos y notificaciones subsiguientes, sin que se generara el silencio administrativo positivo.

3.6 Violación del principio de legalidad.

El principio de legalidad en el presente asunto fue desconocido por parte de la SIC en dos eventos; i) la inobservancia de los criterios que debe observar la SIC al momento de imponer sanción, ii) el desconocimiento del proceso de subsunción típica de la conducta por parte de la SIC.

El principio de legalidad irradia en el proceso disciplinario y se materializa en la subsunción típica de la conducta de quien se somete a un proceso administrativo sancionatorio, el cual supone la

interpretación de la norma sancionatoria de conformidad con los métodos hermenéuticos y que las pruebas que obran en el proceso demuestran de forma contundente la ocurrencia de los hechos y la culpabilidad del encartado.

El proceso sancionatorio adelantado por la SIC se encuentra reglado en materia de telecomunicaciones por la Ley 1341 de 2009, que en su artículo 66 prevé los criterios para determinar la sanción aplicable al investigado.

Conforme a lo anterior el legislador en ejercicio de la potestad de configuración de la que se encuentra investido si bien no hizo un catálogo preciso de sanciones para las infracciones previstas en el artículo 64 de la Ley 1341 del 2009, si estableció la obligación de valorar los criterios fijados para la definición de las mismas, es decir: la gravedad, el daño, la reincidencia y proporcionalidad, y así se entenderá agotada la exigencia legal para imponer la sanción, no obstante, erróneamente ha entendido la SIC que basta con escoger uno de los 4 criterios para sancionar y sin una motivación.

El legislador impuso a la administración la obligación de incluir la valoración de todos los criterios en la comisión de los hechos y proporcionalidad entre la falta y la sanción, es decir, en ningún caso puede entenderse como facultativo la valoración de algunos por parte de la administración.

Los criterios que el legislador determinó para el proceso sancionatorio adelantado por la SIC, buscan orientar la actuación administrativa y evitar el abuso de poder en el ejercicio de la potestad sancionatoria, con el fin de salvaguardar el principio de legalidad.

En el presente asunto, la decisión de la SIC solamente hizo manifestación tangencial respecto de uno de los criterios previstos para la definición de las sanciones, lo cual demuestra la arbitrariedad

en la actuación adelantada por la administración, pues no existe garantía alguna del derecho al debido proceso, defensa y contradicción si aun cuando existe la obligación de incluir la valoración de todos los criterios, a la entidad le basta con cumplir uno.

3.7 Desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción.

En el derecho disciplinario sancionador en cabeza de la administración no podrá desconocerse el principio de proporcionalidad que, como lo ha establecido el Consejo de Estado, *se encuentra íntimamente ligado al de culpabilidad*, por cuanto la sanción debe estar acorde con la conducta que se cuestiona.

De igual manera lo establece la Corte Constitucional al establecer el test de razonabilidad como elemento de la discrecionalidad, como quiera que, decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso.

La administración al fijar la sanción, haciendo uso de su facultad discrecional, debe tener en cuenta criterios razonables para su imposición así como, definir la proporcionalidad de la misma frente a los hechos que sirven de fundamento, sin llegar a ningún caso a la arbitrariedad.

La SIC en el proceso administrativo sancionatorio podrá sancionar con amonestación, multa hasta por 2.000 smlmv, suspensión del operador público hasta por dos meses y caducidad o cancelación de la licencia, teniendo en cuenta el elemento de la culpabilidad como uno de los principios que integran el derecho al debido proceso.

En el caso de estudio la SIC no tuvo en cuenta los criterios de dosimetría, proporcionalidad ni de culpabilidad para imponer la sanción

a la ETB S.A. E.S.P., simplemente se limitó a señalar que era una multa de 41 salarios mínimos basados únicamente en la supuesta gravedad de la falta, la cual configuraba lo preceptuado en el artículo 66 de la ley 1341 de 2009 y los artículos 10, literal h) del numeral 10.1 y 40 de la Resolución 3066 de 2011, sin decir claramente por qué la cuantía de la multa, ni analizó la conducta de cara a la sanción impuesta, especialmente por qué se modificaron los criterios de calificación de la falta y otros no fueron analizados ni tenidos en cuenta.

En conclusión, con la imposición de la multa por parte de la SIC, se incurrió en vulneración al debido proceso, desconocimiento del principio de proporcionalidad, y vulneración del artículo 44 del CPACA.

4. Contestación de la demanda

Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda el día 19 de agosto del año 2015 (fls. 170 a 181 cdno. No. 1) con oposición a las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes planteamientos:

1) El artículo 52 del CPACA, establece la existencia de tres fenómenos jurídicos: a) La Caducidad de la Facultad Sancionatoria, b) Pérdida de competencia para resolver los recursos, c) Silencio Administrativo Positivo y d) Prescripción de la sanción decretada.

El día 8 de agosto de 2012, el señor Cristian Daniel Torres López presentó denuncia ante la SIC por la presunta vulneración al artículo 54 de la ley 1341 de 2009, por parte de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por lo que se inició una investigación administrativa sancionatoria que conllevó a la expedición de la Resolución No. 14114 del 22 de marzo del año 2013, mediante la cual se sancionó a la ETB

por configurarse la infracción contenida en el artículo 54 de la Ley 1341 del año 2009.

2) Advirtió que esta Superintendencia actúa en el caso concreto en uso de su facultades sancionatorias, precisando que el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no consagra la obligación de notificar dentro del mismo plazo de un año los actos administrativos mediante los cuales se deciden los recursos interpuestos contra la decisión sancionatoria, sino que los recursos se habrán de entender resueltos con la expedición del acto administrativo.

Se hace la distinción por cuanto, el artículo 86 de la Ley 1437 del 2011, donde consagra la obligación de notificar la decisión adoptada dentro de los tres meses siguientes es para la operación del silencio administrativo negativo, de esta forma separa la adopción de la decisión y la notificación de la misma, y establece en forma expresa nuevamente la necesidad de efectuar la notificación para evitar la ocurrencia de este fenómeno, lo que no existe dentro del artículo 52 de la misma normatividad en que solo se exige la decisión del acto.

Lo anterior se encuentra reforzado en la medida, que la notificación de un acto administrativo no es un requisito de existencia ni de validez del mismo, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado en múltiples jurisprudencias, de esta forma encontramos que una vez proferido el acto el mismo existe y es válido, esto significa que decide situaciones jurídicas ya sea particulares o generales.

La obligación de decidir los recursos administrativos se cumple con la sola expedición del acto administrativo que los resuelve y no a través de su notificación, en tanto que de adoptar el argumento del demandante se permitiría que hechos posteriores a la promulgación del acto administrativo, afecten la competencia de la entidad para adoptar la decisión.

3) Dentro del expediente administrativo No. 12-132941, la presentación del recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación ante la entidad el 20 de mayo de 2013, fecha que debe ser toma como referencia a fin de determinar la supuesta pérdida de competencia bajo los presupuesto contenidos en el artículo 52 del CPACA.

La entidad profirió dentro del expediente citado la Resolución 92632 del 30 de diciembre de 2013 a través de la cual se resolvió el recurso de reposición propuesto por el apoderado de Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, y a su vez se denota la expedición de la Resolución 31864 del 16 de mayo de 2014 mediante la cual el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor resolvió el recurso de apelación incoado por la ya mencionada empresa.

En consecuencia de lo anterior, es viable señalar que los actos administrativos que resolvieron los recursos planteados por la demandante, fueron proferidos dentro del término que la Ley impone para tal fin, lo anterior, teniendo en cuenta que los recursos fueron interpuestos el 20 de mayo de 2013, y la fecha de la Resolución que resolvió el recurso de apelación data del 16 de mayo de 2014, es decir, dentro del año exigido por la Ley.

4) La obligación consagrada en el artículo 47 del CPACA referente a señalar las sanciones o medidas que serían procedentes, se agota con el señalamiento de las sanciones que en virtud de ese tipo de conductas está facultada para imponer la Superintendencia.

La norma aplicaba al régimen sancionatorio en materia de protección de usuarios de servicios de telecomunicaciones, se encuentra en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009 que contiene varias opciones de sanción, que puede utilizar la SIC de forma discrecional, de tal forma que la mención del mismo en el acto mediante el cual se inicia la

actuación administrativa es suficiente para cumplir el requisito establecido en la ley.

Contrario a lo afirmado por el demandante, no hubo modificaciones al momento de la imputación de cargos que se estableció con ocasión de la expedición de la Resolución No. 53584 del 10 de septiembre de 2012, la sanción impuesta al operador del servicio obedeció a la indebida notificación al usuario, respecto de la respuesta emitida por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., puesto que el proveedor, procedió a efectuar la notificación por edicto, siendo pertinente de acuerdo con las normas procedimentales vigentes, realizar la notificación por aviso de conformidad con las disposiciones del artículo 69 del CPACA.

5) Dentro de la imposición de la sanción se advirtió el elemento de la reincidencia como un criterio para imponer la multa, por cuanto, la Superintendencia previamente ha sancionado en múltiples ocasiones a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá por la vulneración a las disposiciones del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, no obstante lo anterior, dentro de la demanda no se observan elementos que puedan controvertir la reincidencia y/o pruebas que pudieren desestimar las afirmaciones de esta entidad.

Es apenas lógico que la Superintendencia siempre que observe una conducta reiterativa, debe hacer el correspondiente señalamiento en lo que respecta a la imposición de las multas, ello, con el único fin de dar cumplimiento a las obligaciones que por Ley le han sido asignadas y que además sirven para crear precedentes en lo que a la protección del derechos de los usuarios de servicios de Telecomunicaciones se refiere.

6) En el caso concreto la ley 1341 del año 2009 consagra de forma específica un procedimiento sancionatorio, especial para telecomunicaciones el cual deberá tenerse en cuenta de forma preponderante sobre lo consagrado en el CPACA.

Es evidente que, la Superintendencia de Industria y Comercio, enunció el régimen sancionatorio aplicable, esto es las sanciones que serían procedentes de comprobarse la infracción y por otra parte ajustó sus actuaciones al procedimiento sancionatorio establecido especialmente para la protección de usuarios de servicios de comunicaciones, en donde no se consagra la etapa de traslado para alegatos de conclusión, consagrado en el procedimiento sancionatorio general del CPACA.

7) Al estudiar la naturaleza de la infracción se tiene en cuenta varios de los criterios a que se hace referencia en el artículo 66 de la ley 1341 del año 2009, lo que permitirá determinar cómo existe un alto grado de gravedad en la conducta, como se produce un daño al afectar la confianza legítima del usuario no solo en la empresa de telecomunicaciones sino en la institucionalidad de la superintendencia es también de ver que no se hace referencia en la resolución a criterios como la reincidencia no por su falta de estudio sino por no haberlo encontrado en el caso concreto la ocurrencia de dicho fenómeno caos en el cual la tasación hubiera sido aún mayor.

Teniendo en cuenta que la infracción consiste en el incumplimiento de responder a una petición de un usuario, que está relacionado con derechos de los consumidores de servicios de telecomunicaciones, que los consumidores son considerados por la jurisprudencia como importantes valores constitucionales, que existe con dicho incumplimiento una vulneración a la confianza legítima del usuario de telecomunicaciones.

8) Es claro que se tuvieron en cuenta los criterios del artículo 66 de la Ley 1341 del año 2009 al momento de imponer el monto de la sanción, esto se evidencia en la argumentación que se encuentra plasmada en las resoluciones demandadas, si se tiene en cuenta que para el caso en particular la demandante bajo ninguna circunstancia pretende probar el cumplimiento a sus obligaciones legales, sino que contrario a ello, de

manera inteligente pretende exculparse en errores de tipo procedimental que no existen, ni existieron.

9) El valor de la multa se encuentra firmemente relacionado con la naturaleza y gravedad de la infracción, que está dada por los derechos que involucra y por ser una violación flagrante a una orden expedida por la Superintendencia en cumplimiento de sus funciones legales, lo cual hace necesario reprender con severidad, buscando disuadir la repetición de conductas como esta en que se menoscaba la autoridad de la SIC pasando por alto sus condiciones o términos.

Usuario: Cristian Daniel Torres López

Mediante curador ad-litem, el señor Cristian Daniel Torres López, tercero vinculado al proceso, en calidad de usuario y quejoso, contestó la demanda el día 12 de febrero del año 2016 (fls. 335 y 336 cdno. No. 1) con oposición a los hechos y pretensiones de la misma.

5. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 30 de junio del año 2016, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá profirió sentencia para resolver el fondo del debate (fls. 383 a 420 vltos. cdno. No. 1), con fundamento en las siguientes consideraciones:

1) El régimen que regula la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio es la Ley 1341 del 2009, el artículo 40 del Decreto 1130 del 29 de junio de 1999, numerales 2 y 3 del artículo 10 del Decreto 3523 del 15 de septiembre de 2009, modificado por el artículo 6 del Decreto 1687 de 2010, normas en que se destacan las competencias jurisdiccionales de la SIC quien es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, en esta calidad la Superintendencia velará por la observancia de las

disposiciones contenidas en la ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996.

De conformidad con la Ley 1480 del 2011 - Estatuto del Consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades administrativas y sancionatorias para investigar las conductas violatorias de los derechos de los consumidores, pero orienta la actuación sancionatoria administrativa a la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 52 establece lo correspondiente a la caducidad de la facultad sancionatoria.

La caducidad de la facultad sancionatoria está regulada así: la que opera en general y que pone fin a la facultad para ejercer la acción sancionatoria después de tres (3) años de ocurridas las conductas u omisiones que la pudieren originar; y la caducidad específica, en la competencia que tienen las autoridades para resolver los recursos que se interponen contra sus propias decisiones sancionatorias, que acaece después de un (1) año sin decidirlos, contado a partir de su presentación.

A diferencia de la caducidad de la sanción inicial, el artículo 52 exige únicamente que para evitar la caducidad en el pronunciamiento de la administración sobre los recursos que se le presenten, se debe decidir en el término de un (1) año.

En el citado artículo no se expresa ni tampoco se dan elementos que permitan deducir de forma clara, si los tres años contenidos en la norma incluían únicamente la falta de decisión de la autoridad, o si aludían indirectamente también a las notificaciones de los respectivos actos administrativos, no obstante ya se ha establecido de manera jurisprudencial que se requiere la notificación del acto administrativo sancionatorio para interrumpir la caducidad de la acción, sin tener en cuenta los recursos y actos que los resuelven.

Así las cosas, este cargo no está llamado a prosperar, toda vez que los recursos interpuestos por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá contra la sanción contenida en la Resolución No. 14114 de 22 de marzo de 2013 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, fueron radicados el día 20 de mayo de 2013, los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. 92632 de 30 de diciembre de 2013 y la Resolución No. 31864 del 16 de mayo de 2014, es decir, dentro del término previsto por el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (un año), por lo que no caducó la facultad sancionatoria, y no operó la pérdida de la competencia de la administración para decidir los recursos, y mucho menos el silencio administrativo positivo.

2) Existe un desconocimiento del Principio de Especialidad, en la formulación de los cargos en el escrito de demanda, puesto que la aplicación de la normatividad aludida se encontraba excluida en el asunto, por la existencia de una norma especial que regulaba la materia sancionatoria en infracciones a las normas de protección al consumidor y los usuarios de servicios de telecomunicaciones.

La Ley 1341 de 2009 dispone que para la actuación punitiva, en Régimen de protección al usuario de comunicaciones, únicamente se exige en el acto administrativo de formulación de cargos, que se indique la infracción que causó la apertura de la investigación, y que se señale el plazo con el que cuenta el investigado para presentar sus descargos y existe un término de 10 días para presentar descargos.

En el expediente obran copias de la actuación administrativa, en las que se evidencia que mediante la Resolución No. 53584 de 2012, la SIC inició una investigación administrativa mediante formulación de cargos en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., señalando la conducta lesiva, normas infringidas y el plazo para presentar descargos, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, como el artículo 47 del CPACA:

La Superintendencia de Industria y Comercio no vulneró los derechos a la defensa y al debido proceso de la ETB S.A. ESP, puesto que las actuaciones administrativas que adelantó en su ejercicio sancionatorio no podían realizarse conforme a lo dispuesto en el CPACA pues su ejercicio sancionatorio se encontraba regulado por norma especial, la Ley de Protección de usuarios de servicios de comunicaciones.

3) En el contenido del transcrito artículo 54 de la Ley 1341 del 2009 existen varios efectos ante el incumplimiento del operador de dar una respuesta efectiva y oportuna dentro del término señalado, a una petición de un usuario del servicio de comunicaciones, (i) operará el silencio administrativo positivo, y (ii) se entenderá que la solicitud interpuesta ha obtenido de pleno derecho una decisión favorable a las pretensiones allí comprendidas, (iii) la cual será exigible al operador responsable del servicio.

La SIC al resolver el recurso interpuesto agregando el criterio de reincidencia como nuevo fundamento jurídico, no sobre la conducta investigada, sino sobre la sanción impuesta, el cual no había sido enunciado en el acto administrativo que sancionó a la investigada indicando que había operado el silencio administrativo, dichas apreciaciones fueron señaladas de manera concisa, sin mayores fundamentos, únicamente con el fin de apoyar la decisión previamente proferida.

Pese a lo anterior, no se encontró que la SIC, con el escueto razonamiento adicionado, haya vulnerado de algún modo los derechos de defensa y contradicción de la parte accionante, toda vez que en la parte resolutive del acto administrativo no varió el correctivo impuesto, manteniéndose incólume la sanción imputada, por lo que podría decirse que tal anomalía podría deberse a un lapsus de la entidad de vigilancia y control, la cual fue debidamente retirada en sede de apelación por el superior jerárquico de la entidad, dejando únicamente como fundamentos los contenidos en la resolución sancionatoria y

apoyándose en otras disposiciones de protección de los derechos del consumidor:

Respecto del rechazo de la incorporación de una prueba en el trámite administrativo de apelación, con la cual podría haberse demostrado que una de las órdenes emanadas no podría cumplirse, en razón a que el quejoso había solicitado previamente la cancelación del servicio, se observa que, la entidad demandada se pronunció específicamente sobre la información complementaria radicada con posterioridad a la fecha de interposición de los recursos, en donde señaló que no se tendría en cuenta por ser extemporánea, puesto que la Ley 1341 de 2009 determina en su artículo 79 que la oportunidad procesal corresponde al mismo del escrito de su recurso.

4) En la Resolución No. 14114 de 2013, mediante la cual se sancionó a la ETB, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 50 de la Resolución 3066 de 2011, la manera de poner en conocimiento las decisiones de los proveedores se realiza de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

La SIC entendió correctamente, que al no haberse surtido debidamente el trámite de notificación ordenado desde el régimen de protección al consumidor y de los derechos de los usuarios de comunicaciones, no se había dado una respuesta al peticionario, pues si este no conoce la decisión que emitió la entidad operadora del servicio, es como si la misma nunca hubiese existido.

Así las cosas, la sociedad investigada no puso en conocimiento del usuario Cristian Daniel Torres López el contenido de la decisión emitida, conforme a las reglas de notificación que regulaban el caso; por lo anterior fue acertado concluir que en realidad nunca se dio oportuna respuesta a la solicitud del quejoso, con vulneración a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

De tal forma que en la legislación de protección al usuario de comunicaciones, se ha determinado que los mecanismos idóneos para notificar las decisiones que resuelven PQR, son los señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por remisión expresa del artículo 50 de la Resolución 3066 de 2011 de la Comisión de Regulaciones.

En ese mismo sentido, se advirtió la existencia del silencio administrativo positivo contenido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, por evidenciarse que la comunicación de la decisión es un elemento inescindible a dicho fenómeno.

5) En ejercicio de la facultad discrecional de la administración y de la flexibilidad en la subsunción típica sancionatoria, no pueden pretender los investigados que se mencionen literalmente los criterios aludidos, junto con su estudio de valoración en las resoluciones que expidan las autoridades en uso de sus funciones sancionatorias, pues se les obligaría a llevar un irrelevante proceso protocolario con un consecuente desgaste para el aparato administrativo, producto de una interpretación limitada y precaria de la norma, reduciendo el cometido de la hermenéutica jurídica a exiguas proporciones.

El proceder de Superintendencia se encuentra ligada al respeto por las normas contenidas en el régimen de protección al consumidor de telecomunicaciones y la facultad discrecional con la que cuenta para ejercer las funciones de vigilancia y control que le fueron conferidas.

Esta facultad no es ilimitada, ni arbitraria, ya que se encuentra restringida, tanto por el contenido restrictivo de la norma sancionatoria, como por los principios que la encauzan, al cumplimiento de las funciones y finalidades que regulan la acción sancionatoria administrativa del caso: velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Producto de la investigación adelantada, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 14114 del 22 de marzo de 2013, sancionó a la investigada, pues encontró que existió una vulneración a los derechos de un usuario de servicio de comunicaciones.

En el acto sancionatorio, se señaló que la conducta infractora consistió en no dar una oportuna y completa respuesta a solicitud aludida, al no realizarse una debida notificación de la decisión proferida, por lo que al no acatar lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, se produjo el fenómeno del silencio administrativo positivo, y se incurrió en la infracción determinada en el numeral 12 del artículo 64 de la misma ley.

Se evidenció que los motivos aducidos en el acto acusado, son adecuados, suficientes y relacionados con la decisión, como quiera que se encuentran expresados en el cuerpo del mismo, e implicaron un concepto valorativo de las pruebas en conjunto, lo cual no son otra cosa que el análisis y consideraciones en el caso concreto de los criterios previstos en la normatividad procedimental, que convencieron a la entidad demandada de la infracción por parte de la sociedad demandante, lo que a su turno, evidencia que el acto administrativo si fue debidamente motivado por el ente emisor del mismo.

6) En las resoluciones demandadas se realizó una descripción de los hechos, de los supuestos contenidos en las normas de protección al consumidor y de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, y se ponderaron los criterios de sanción denominados gravedad de la conducta y daño producido, contra la actuación de la ETB que se resume en la falta de atención y respuesta a la solicitud de uno de sus suscriptores, en menoscabo de los derechos protegidos y señalados en el régimen integral de protección a los consumidores de los servicios de comunicaciones.

Asimismo se estimó que el daño ocasionado por la conducta endilgada a la ETB comportaba también una vulneración al derecho de petición, por lo que la calificación de la conducta merecía mayor reprensión, pues la protección a este derecho a través de norma de rango constitucional no sólo garantiza la posibilidad de acudir a la autoridad por una respuesta, sino también una pronta resolución a lo solicitado, como esencial a la prerrogativa constitucional.

Por lo anterior, se encontró una motivación suficiente en la dosificación de la sanción, en el acto administrativo, ya que se realizó un estudio de culpabilidad en la conducta de la investigada, y se señalaron los valores normativos infringidos.

6. El recurso de apelación

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP (ETB) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 425 a 427 cdno. No. 1), que fue concedido por el *a quo* mediante auto del 26 de julio de 2016 (fl. 429 *ibídem*), apelación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) Indebida valoración de los hechos, las normas y las pruebas

Los cargos que se demuestran admitidos en el problema jurídico delimitado por el *a quo*, junto con los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión, demuestran que los actos demandados encuentran pleno respaldo factico, probatorio y jurídico, para obtener su nulidad, los mismos que se reiteran para que se revoque la sentencia de primera instancia.

2) Pérdida competencia de la facultad sancionatoria por parte de la superintendencia de industria y comercio

Se debe establecer si la Superintendencia de Industria y Comercio al decidir y notificar los recursos interpuestos de forma oportuna y legal

lo hizo de forma extemporánea es decir ya había transcurrido más de un año y por ende operó de pleno derecho la pérdida de competencia al tenor de lo consagrado por el artículo 52 del CPACA.

Se demostró que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá de forma debida y oportuna interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación por medio de escrito radicado el día 20 de mayo de 2013, por lo cual se debió decidir y notificar los mismos el día 20 de mayo de 2014, para que el acto administrativo fuera eficaz y produjera efectos frente a terceros, al igual para que sea oponible en atención al principio de legalidad y debido proceso administrativo, de lo contrario es un acto nulo por violación directa de la ley.

La SIC culminó su actuación administrativa y notificó por aviso No. 56374 del 30 de septiembre de 2014 la Resolución 31864 que resolvió el recurso de apelación, cobrando firmeza al acto el día 1 de octubre de 2014, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del CPACA.

Desde el ámbito Constitucional conforme al artículo 23, toda persona como en el caso está en el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades y a obtener o recibir pronta respuesta bajo los lineamientos de un procedimiento o trámite legal, igualmente en virtud el principio de publicidad del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 las autoridades deben dar a conocer al público y a los interesados en forma sistemática y permanente sus actos mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley.

El derecho administrativo sancionador, entendido como uno de las manifestaciones principales del ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a claros límites impuestos por el orden constitucional y legal, en procura del respeto eficaz y efectivo de los derechos fundamentales y las demás garantías sustanciales y procedimentales, logrando así la proscripción de la arbitrariedad.

En aplicación del principio de favorabilidad, es importante señalar con la certeza probatoria que obra en el expediente que el término de un año debe entenderse otorgado para decidir y notificar en debida forma los recursos interpuestos contra la decisión sancionatoria so pena de pérdida de la competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 del 2011.

El Juez de primera instancia realizó una interpretación equivocada y desproporcionada, al motivar su decisión lo hace de manera insuficiente dejando por fuera elementos de juicio que al ser valorados dan lugar a revocar la sentencia objeto de apelación, y en consecuencia declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios.

7. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 17 de noviembre del año 2016 (fl. 9 cdno. ppal.), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido éste, correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

En dicho término, las partes demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión reiterando lo dicho en la demanda y el recurso de apelación, así como en la contestación de la demanda (fls. 11 a 14 vltos. y 15 a 19 cdno. ppal.).

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador delegado ante esta Corporación guardó silencio dentro del presente asunto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el

asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) competencia del *ad quem*; 2) objeto de la controversia; 3) análisis de la apelación, 4) restablecimiento del derecho y 5) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*.

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

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

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

"Artículo 328. Competencia del superior.

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

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

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

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

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

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

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

2. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de las Resoluciones Nos.: 14114 del 22 de marzo del año 2013, 92632 del 30 de diciembre del año 2013 y 31864 del 16 de mayo del año 2014, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de las cuales se sancionó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP con multa por un valor de cuarenta y un (41) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondientes a la suma de veinticuatro millones ciento sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$24.169.500), por haber incurrido en la infracción contemplada en el numeral 12º del artículo 64 de la Ley 1341 del 2009, consistente en cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.

3. Análisis de la apelación

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

Se pone de presente que, por técnica jurídica y economía procesal, los argumentos 1) y 2) del recurso de apelación serán resueltos de

manera conjunta por compartir elementos argumentativos, en el sentido que advierte el apelante que, en el procedimiento administrativo adelantado se interpretó de manera errónea las normas aplicables al sustento fáctico establecido en la actuación administrativa, estableciendo que se configuró la pérdida de competencia de la facultad sancionatoria por parte de la entidad de vigilancia y control para expedir los actos demandados.

Indebida valoración de los hechos, las normas y las pruebas y, Pérdida competencia de la facultad sancionatoria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

En el caso en concreto se debe determinar si la SIC al decidir y notificar los recursos interpuestos contra el acto que impuso la sanción lo hizo de forma extemporánea, es decir, cuando ya había transcurrido más de un año y por tanto había operado la pérdida de competencia al tenor de lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011; pero además, si dentro del término previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 "*un (1) año*", la autoridad administrativa debe exclusivamente expedir el acto administrativo que resuelve los recursos contra la decisión sancionatoria o, si por el contrario, la prerrogativa de "decidir" implica expedir y notificar el acto administrativo que contiene la decisión de los recursos.

En este caso en concreto la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sancionó a la parte actora mediante la Resolución No. 14114 del 22 de marzo del año 2013 con la imposición de una multa por la suma de \$24.169.500, por cuanto esta no logró probar el cumplimiento de las disposiciones legales o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, como quiera que no atendió oportuna y adecuadamente a la petición elevada por el señor Cristian Daniel Torres López el 14 de julio del año 2012 radicada con número 4716398 (fls. 270 a 276 cdno. No. 1).

En el presente asunto está demostrado que la parte actora Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, en forma debida y oportuna interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo que impuso la sanción a través de escrito radicado el día 20 de mayo del año 2013 (fls. 277 a 293 cdno. No. 1) y que por imperativo legal debían ser decididos y notificados el día 20 de mayo del año 2014 para que los actos administrativos sean eficaces y produzcan efectos frente a la sociedad demandante y frente a terceros y, sean oponibles en atención al principio de legalidad y debido proceso administrativo, ya que de lo contrario son actos nugatorios que incurren en una causal de nulidad por violación de la ley.

En ese contexto, adquiere pertinencia referir que, de conformidad con el numeral 36 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad administrativa encargada de investigar y sancionar las conductas presuntamente trasgresoras del régimen integral de protección de los derechos de los usuarios de comunicaciones.

En efecto esa disposición preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. FUNCIONES GENERALES.
(...).

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:
(...)

36. Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones (...)". (Resalta la Sala).

Sin embargo, la facultad administrativa sancionatoria que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra delimitada por los términos de caducidad previstos en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, disposición que en virtud de la interpretación sistemática y armónica de las disposiciones procedimentales administrativas exigen

valorar también el contenido y alcance de los artículos 85 y 87 de la Ley 1437 de 2011, observemos:

"Ley 1437 de 2011

(...) **Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si 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".*

(...)

Artículo 85. Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo. *La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto. La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico".*

(...)

Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. *Los actos administrativos quedarán en firme:*

(...) 2. **Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos".** (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 la Sala reitera lo analizado y aplicado en oportunidades anteriores², en los siguientes términos:

1) Se resaltan los verbos utilizados por el legislador al redactar el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que durante el término de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho la autoridad administrativa debe "*expedir y notificar*" el acto administrativo que impone la sanción, en tanto que frente a los recursos interpuestos en torno al precitado acto la administración ostenta la obligación de "*decidirlos*" dentro del término de un (1) año contado a partir de su oportuna y debida interposición.

2) En ese sentido, nótese que si acogiera la posición de interpretación exegética no le sería posible a la Sala concluir que la obligación de decidir los recursos se agota con la expedición formal del acto administrativo porque, de lo contrario así habría sido expresamente indicado por el legislador mediante la invocación del verbo "*expedir*" y no el de "*decidir*".

3) Por consiguiente, el texto normativo sugiere valorar, de un lado, el contenido y alcance de la expresión "*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*

² Sentencia de 23 de junio de 2016, expediente no. 110013334004201500087-00, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón; Sentencia de 28 de septiembre de 2016, expediente no. 11001-33-34-003-2015-00098-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez; Sentencia de 22 de septiembre de 2016, expediente no. 11001-33-34-002-2015-00190-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez, Sentencia de 17 de Noviembre de 2016, expediente no. 11001-33-34-001-2015-00333-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez, sentencia del 1º de diciembre de 2016, expediente no. 11001-33-34-003-2015-00113-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez, sentencia del 9 de febrero de 2017, expediente No. 25000-23-41-000-2015-02047-00, demandante: Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP., MP Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas.

para el funcionario encargado de resolver”, con el fin de reconocer los efectos que la superación del precitado término tienen sobre la facultad sancionatoria de la autoridad administrativa (pérdida de competencia por caducidad) y los derechos del administrado (silencio administrativo positivo, con las consecuencias de definición de su situación jurídica concreta y entender satisfechos sus derechos con la omisión de la administración).

Pero igualmente, de otra parte debe también efectuarse una interpretación sistemática y armónica de las disposiciones procedimentales administrativas que le dan efecto útil a la precitada disposición, esto es, los artículos 85 y 87 de la Ley 1437 de 2011, según los cuales: *i) “La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto” y, ii) Los actos administrativos quedarán en firme desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos”.*

4) En esa perspectiva, para la Sala es claro que la obligación de decidir los recursos en el término de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término, toda vez que, conforme al artículo 87 *ibídem*, solo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos se imprime firmeza a la decisión sancionatoria que resuelven una situación jurídica particular³ y, en virtud del artículo

³ Al respecto, debe traerse a colación que en el XVI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que tuvo ocasión los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010 en la ciudad de Cartagena, específicamente en la mesa de trabajo liderada por el Consejero de Estado Álvaro Namen Vargas, el entonces Magistrado y hoy Consejero de Estado, Carlos Enrique Moreno Rubio planteó la postura de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionada con la necesidad de abordar en el proyecto del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo la temática de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria en la resolución de los recursos contra los actos

85 *ibídem* para protocolizar el silencio administrativo positivo en los casos de no decisión oportuna de un recurso el gobernado debe efectuar una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

5) Al respecto, se advierte que la facultad sancionatoria se pierde por falta de actividad del titular de la misma dentro del término predeterminado por la ley que se configura cuando se dan los siguientes dos supuestos: a) el transcurso del tiempo, y b) la no imposición de la sanción dentro del término preestablecido para el efecto.

En tales condiciones, esta facultad está directamente relacionada con el margen temporal con que cuenta la administración para investigar, tramitar y sancionar o absolver al administrado de las presuntas faltas que pudo haber cometido, de tal manera que, no se puede pretender que el administrado espere eternamente que le decidan su situación frente a la administración, pues, lo contrario se traduciría en una indefinición de la situación jurídica de aquél, lo cual atenta contra la seguridad jurídica y los derechos del administrado.

Por consiguiente el límite de tiempo impuesto por el artículo 52 del CPACA, esto es, el término de un (1) año, tiene como propósito esencial garantizar la efectividad material del principio de seguridad y certeza en las actuaciones y decisiones de la administración, siendo este uno de los pilares propios del Estado Social de Derecho.

No obstante, debe advertirse que en cuanto a la forma de contabilizar dicho término y más exactamente en cuanto a la forma o momentos

administrativos sancionadores y resolver la tricotomía interpretativa que se había planteado con las tres tesis del Consejo de Estado; oportunidad en la que al referirse al contenido y alcance de la palabra "decidir" se asimiló la misma al término de ejecutoria del acto administrativo, toda vez que antes de su notificación y ejecutoria no puede entenderse que la administración ha adoptado la decisión, como en efecto se incorporó al proyecto que fue llevado al Congreso de la República y aprobado en la Ley 1437 de 2011.

en los cuales se concreta el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme, pues, sobre el particular se han expuesto tres distintas directrices, a saber:

a) La expedición del acto administrativo sancionatorio: conforme esta posición se argumenta que la facultad sancionatoria se manifiesta con la simple expedición del acto sancionatorio, porque es en este instante en el que el acto nace a la vida jurídica sin que exista necesidad de su posterior notificación ni que sea sometido a control a través de recursos en la vía gubernativa.

b) La expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio: si bien es cierto que el acto nace a la vida jurídica con su expedición, se hace necesario que el administrado conozca de la decisión que tomó la administración, por lo cual, se entiende totalmente ejercida la potestad sancionatoria en el momento en que se notifique dicha decisión.

c) La expedición y notificación del acto administrativo sancionador y la expedición y notificación de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa: la facultad sancionatoria de la administración se entiende ejercida una vez se hayan expedido y notificado no solamente el acto sancionador sino, también todos y cada uno de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa, esto en razón a que solo hasta ese momento es que se entiende que la decisión contenida en el acto sancionador quedó en firme y ejecutoriada.

Desde esa interpretación jurisprudencial es de recibo para esta Sala que la facultad sancionadora de la administración apunta a que no es suficiente con que ésta, dentro del lapso que establecen las normas legales que se comentan, decida de fondo la respectiva investigación administrativa sino que, es necesario además, que tal decisión se encuentre debidamente ejecutoriada y sea dada a conocer al interesado o administrado, criterio jurisprudencial este que ha sido

invocado y aplicado por esta Sala de Decisión en forma sistemática y profusamente reiterado desde muchos años atrás.

La mencionada postura de esta Sala encuentra igualmente apoyo en el concepto de 25 de mayo de 2005 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación: 1632, en cuanto estableció lo siguiente:

"(...) Por tanto, no puede separarse el acto que pone fin a la actuación administrativa, del que decide los recursos en la vía gubernativa, para concluir que la sola expedición y notificación de la primera decisión es suficiente para interrumpir la caducidad de la acción, pues en este momento procesal aún no hay decisión en firme constitutiva de antecedente sancionatorio.

En definitiva, una vez el acto administrativo adquiere firmeza, es suficiente por sí mismo para que la administración pueda ejecutarlo, y sólo entonces puede afirmarse que el administrado ha sido "sancionado", con las consecuencias que de ello se deriven (...)"⁴. (Resalta la Sala).

Además es importante precisar que mientras la decisión administrativa no se encuentre ejecutoriada no está en firme, es apenas una posible decisión, lo cual deja al ciudadano aún en una especie de indefinición jurídica porque no se sabe si el acto inicial va a ser confirmado o no, por tanto hasta que no se resuelvan los recursos de la vía administrativa y se notifiquen tales decisiones desde el punto de vista jurídico no hay *acto definitivo*, y por tanto carece de fuerza jurídica vinculante.

Pero, dado el punto de vista jurisprudencial es especialmente relevante advertir que la anterior posición ha sido acogida por la Sección Primera del Consejo de Estado⁵ en los siguientes términos:

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 25 de mayo de 2005, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, radicación: 1632.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de febrero de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, expediente 25000-23-24-000-2000-00643-01, actor: Universidad Antonio Nariño.

"En relación con la caducidad de la potestad sancionadora de la administración la Corporación ha sostenido tres tesis. La primera ⁶ sostiene que basta con que se profiera el acto sancionatorio dentro del término de caducidad legalmente señalado. La segunda⁷, que el acto sancionatorio debe expedirse y, además, notificarse dentro de dicho término. Según la tercera⁸ dentro de dicho término debe proferirse el acto definitivo y, además, deben haberse notificado las decisiones que resuelven los recursos (Sección Segunda).

La jurisprudencia de la Sala, desde su sentencia de 23 de mayo de 2002 ⁹ hasta hoy, ha sostenido, en línea con la Sección Cuarta, que en el término de caducidad de la potestad sancionadora debe expedirse y notificarse el acto definitivo.

(...)

Esta Sala considera que el acto debe expedirse, notificarse y resolverse los recursos dentro del término de caducidad, es decir, debe quedar en firme dentro de este término." (Resalta la Sala).

6) Por otra parte, en lo que respecta a la posición acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado en donde se determinó como tesis aplicable la referente a que la citada facultad se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio, la Sala resalta que en virtud del principio de autonomía e independencia de las decisiones judiciales establecido en el artículo 228 de la Constitución Política y en atención a que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial y no la fuente formal de derecho primaria de conformidad con lo preceptuado en el artículo 230 *ibídem*, por no tratarse aquella de una providencia con efectos *erga omnes*, en forma legítima y por las razones antes expuestas se aparta de ese pronunciamiento expuesto por el Consejo de Estado.

Asimismo, cabe resaltar específicamente que en relación con un asunto fallado por esta Sala de Decisión en donde prosperó el cargo referente

⁶ Sentencia de 25 de julio de 1991. Expediente núm. 1476, Actor: Alvaro Restrepo Jaramillo.

⁷ Sentencia de 8 de septiembre de 2000, Actores: Inmobiliaria El Rosal y Otros. C. P. Julio Enrique Correa Restrepo.

⁸ Sentencias de 4 de octubre de 2001, Exp. 6701, Actor: Bernardo Gamboa Vargas, C. P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola, y de 1º de noviembre de 2001, Exp. 6702 y 6283, Actores: Viamédica Ltda. y Editorial La Oveja Negra Ltda., respectivamente, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁹ Expediente 25000-23-24-000-1998-0507-01 (6889). C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor: Mario Antonio Ruiz Vargas.

a la caducidad de la facultad sancionatoria¹⁰, fue interpuesta una acción de tutela la cual fue negada en primera instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado CP Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez y confirmada en segunda instancia por la Sección Cuarta de la alta corporación CP Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez dentro del proceso distinguido con el número 11001-03-15-000-2016-01374-01, providencia esta última en donde se expuso que no existía vulneración de los derechos fundamentales invocados ni desconocimiento del precedente judicial por las siguientes razones:

"4.2.En el caso bajo examen, la entidad actora considera que el juez de tutela de primera instancia no analizó de forma adecuada este cargo porque con el argumento de que no hay una línea jurisprudencial pacífica permite que los jueces, de forma arbitraria, asuman cualquier postura en detrimento del principio de seguridad jurídica.

Ahora, como fue expuesto anteriormente, para que se considere que existe precedente es necesario determinar si las sentencias judiciales con identidad fáctica y jurídica son vinculantes. Para esto es necesario verificar que existe una línea jurisprudencial uniforme, unívoca o consolidada respecto al asunto, pues de lo contrario no existe no habrá un precedente vinculante¹¹.

De esta forma, el juez de tutela de primera instancia no analizó de forma equivocada el cargo pues concluyó que no hay precedente aplicable al no existir una línea pacífica respecto a la contabilización de la caducidad de la facultad sancionatoria en el Consejo de Estado, hecho aceptado por la misma entidad actora en su impugnación, en donde afirmó lo siguiente:

(...) Así mismo, el Tribunal identifica esta situación en la sentencia controvertida por la entidad, en donde identifica tres posturas jurisprudenciales distintas de las cuales adopta una con base en su autonomía e independencia judicial¹².

En este orden de ideas, la corporación judicial accionada no incurrió en el defecto analizado porque no existe un precedente vinculante, de forma que es

¹⁰ Sentencia de 25 de febrero de 2016, expediente no. 11001-33-34-004-2014-00129-02, actor: Global Business Sion SAS, M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez.

¹¹ En este sentido ver la sentencia T-395 de 2016 proferida por la Corte Constitucional.

¹² Folios 123 a 125 del expediente.

constitucionalmente admisible que haya escogido una de las tesis jurisprudenciales de forma razonada y motivada.” (Negrillas adicionales de la Sala).

En ese mismo sentido el Consejo de Estado en fallo de acción de tutela de 8 de junio de 2017¹³ precisó lo siguiente:

"2.5. Ahora, revisada la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009¹⁴, que se alega como precedente desconocido, se debe anotar lo siguiente:

En una tutela instaurada contra providencia de la misma Subsección 'B' de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁵, donde uno de los cuestionamientos era que se había desconocido el precedente conforme al cual la facultad sancionatoria se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó fallo de tutela de primera instancia de la Sección Segunda, que negó el amparo.

Si bien en esa tutela la entidad accionante citó como precedente desconocido sentencia del 2 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta el Consejo de Estado, en la que se acogió la regla de la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, lo cierto es que para negar el amparo en ese caso, entre otras cosas, se dijo que en el fallo de unificación no se estableció un criterio en relación a la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, sino en relación a procesos disciplinarios y las normas que regían para los mismos.

En efecto, en el fallo de unificación del 29 de septiembre de 2009 no solo no se hace referencia a la caducidad de la facultad sancionatoria, sino que en él no se dice expresamente que el criterio que asumía la Sala Plena, de los tres existentes, lo fuera en cuanto al entendimiento de lo que consagraba ese artículo.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 8 de junio de 2017, expediente no. 11001-03-15-000-2017-01043-00, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁴ Radicación No. 110010315000200300442 01, CP. Susana Buitrago Valencia. En la sentencia del 29 de septiembre de 2009 se resolvió recurso extraordinario de súplica contra sentencia del 23 de mayo de 2003 de la Subsección B de la Sección Segunda. En el fallo suplicado se había definido en segunda instancia demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Álvaro Hernán Velandia Hurtado para que se declarase la nulidad de actos administrativos por medio de los cuales la Procuraduría le había impuesto una sanción disciplinaria de destitución. La Sección segunda estimó que en ese caso había operado la prescripción de la acción disciplinaria.

¹⁵ Se trata de una tutela instaurada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra providencia del 25 de febrero de 2016 de la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Decidida en primera instancia por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado mediante fallo del 14 de julio de 2016, que la negó. Radicada en segunda instancia con el No. 11001-03-15-000-2016-01374-01 y confirmada por la Sección Cuarta a través de fallo del 8 de septiembre de 2016. CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Así las cosas, como en lo que corresponde al entendimiento de la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, no existía un criterio unificado, es constitucionalmente admisible que el Tribunal accionado hubiera escogido, de forma razonada y motivada dentro del ámbito de su autonomía e independencia, una de las tesis jurisprudenciales existentes sobre su entendimiento.

Por eso, no puede afirmarse que haya desconocido un precedente vinculante, en particular que no hubiera acogido la regla dispuesta en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, en tanto que, como se dijo, en ella no se estableció una regla y posición en lo que se refiere a la caducidad de la facultad sancionatoria.” (Se resalta).

7) En consecuencia, la Sala advierte que, hacer una interpretación en sentido contrario, como lo propone la Superintendencia de Industria y Comercio, implicaría: (i) desconocer el contenido y alcance sistemático de las disposiciones procedimentales administrativas a que se ha hecho referencia, (ii) restarle efecto útil a la prescripción del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, desatendiendo las consecuencias de la caducidad de la facultad sancionatoria y la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, (iii) desconocer al administrado su derecho a: i) obtener oportuna resolución de sus peticiones -en la modalidad de recursos-¹⁶, ii) beneficiarse de las consecuencias de los actos administrativos fictos positivos que la normatividad prevé en su favor; iii) la oportuna definición de su situación jurídica particular, (iv) atentar contra la seguridad jurídica, habida consideración que si para el administrado nace el derecho a protocolizar el silencio administrativo positivo en su favor a partir del día siguiente al transcurrir el término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, mal podría pensarse que después de agotado tal término (en cualquier momento) la autoridad

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-181 del 22 de febrero de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández. "Al respecto, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que si el derecho de petición tiene por objeto obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos ante la administración deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 Superior. De tal forma que si la administración no tramita o no resuelve los recursos dentro de los términos señalados legalmente, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legitima al solicitante para presentar la respectiva acción de tutela para salvaguardar su derecho fundamental".

administrativa podría sorprender al particular con la notificación de un acto que, aunque proferido dentro del periodo de un año, le es desfavorable a sus pretensiones y desconoce los efectos del silencio administrativo positivo, tal como así aconteció en este caso concreto, en tanto que se encuentra demostrado que aun cuando a partir del 20 de mayo de 2014 había nacido para la parte actora el derecho a protocolizar el silencio administrativo positivo y a entender resuelta la situación en su favor, la Superintendencia de Industria y Comercio el 1º de octubre del año 2014 le sorprendió con la notificación por aviso de una resolución que aunque emitida el 16 de mayo del año 2014 le era contraria a sus pretensiones y desconocía los efectos del silencio administrativo positivo.

En efecto, el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuestos por la parte actora en contra de la Resolución No. 14114 del 22 de marzo de 2013 a través de la cual se impuso la sanción de multa, fueron radicados el 20 de mayo de 2013 (fls. 277 a 293 cdno. No. 1), por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 85 y 87 *ibídem*, la SIC disponía hasta el 20 de mayo de 2014 para decidir la impugnación presentada, es decir, para resolver los recursos interpuestos y poner en conocimiento esas decisiones a través de las respectivas notificaciones a la parte actora, aunque, la entidad demandada emitió la Resolución No. 31864 el día 16 de mayo del año 2014 a través de la cual resolvió el recurso de apelación (fls. 96 a 102 cdno. No. 1), y esta decisión solo se notificó por aviso entregado el día 1º de octubre del año 2014 (fl. 104 *ibídem*), vale decir, por fuera del término de un año que dispone el ordenamiento jurídico.

8) En armonía con lo anterior, es pertinente acudir a algunos de los principales argumentos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011 a través de la cual se declaró exequible el siguiente aparte del inciso primero del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011: "*Si los recursos no se deciden en el término*

fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente”.

En esa precisa providencia se manifestó lo siguiente:

“5.1.1. El legislador en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, introdujo en el texto acusado una nueva hipótesis en la que la ausencia de respuesta de la administración frente a un requerimiento específico del administrado, en este caso, la interposición de un recurso, se entiende resuelto a su favor.

(...)

En términos constitucionales se puede definir la figura del silencio administrativo como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda: i) hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración, en el caso del silencio administrativo positivo, en la medida en que el mutismo de aquella concreta en su cabeza un derecho.

(...)

La hipótesis de silencio administrativo positivo que introduce el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se puede considerar contraria al derecho al debido proceso de la administración ni al orden social justo, pues es al Estado al que le corresponde definir la situación jurídica de los administrados. Cosa distinta es la responsabilidad civil y patrimonial del funcionario que omitió resolver en tiempo, asunto éste que el precepto acusado consagra expresamente.

Por el contrario, su inclusión en el ordenamiento jurídico reconoce que la administración tiene un deber de respeto por los derechos fundamentales de los administrados. Por tanto, esta figura, salvo circunstancias excepcionales como la fuerza mayor o el caso fortuito que justifiquen la mora en la resolución del recurso, se ajusta al artículo 29 constitucional.

Ella tampoco resulta incompatible con la facultad que se consagra en el artículo 92 de la Constitución, porque su reconocimiento deja incólume la facultad que tiene toda persona natural o jurídica de solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias, las cuales, como se explicó en precedencia deben observar el debido proceso, que entre sus elementos estructurales tiene el cumplimiento de los plazos fijados por el legislador para la adopción o agotamiento de etapas y decisiones.

(...).¹⁷. (Resalta la Sala).

Al respecto debe señalarse que la Corte Constitucional asigna al vocablo "decidir" previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 la connotación de: dar resolución oportuna a los recursos interpuestos contra actos administrativos sancionatorios, definir la situación jurídica de los administrados, dar respuesta a un requerimiento específico del administrado, entre otras expresiones, las que no pueden agotarse en la expedición formal de un acto administrativo.

9) En ese orden de ideas, para la Sala es claro que en este preciso caso operó la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del proceso administrativo sancionatorio adelantado contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, expediente número 12-132941¹⁸, por cuanto tal autoridad administrativa perdió la competencia para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la resolución sancionatoria por el hecho de haber solamente proferido el acto administrativo pero no encontrarse este en firme o ejecutoriado, por lo que, se configuró en favor de la parte actora el silencio administrativo positivo, y por tanto entendiéndose fallado en su favor el recurso de apelación por ella interpuesto contra la resolución sancionatoria.

Es decir, se encuentra acreditado en el expediente que la Superintendencia de Industria y Comercio decidió sin competencia el

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ Actuación administrativa iniciada mediante Resolución No. 53584 del 10 de septiembre del año 2012 (fls. 193 a 195 cdno. no.1)

recurso de apelación. Razón por la cual, el cargo propuesto en la demanda está llamado a prosperar, como lo concluyó el *a quo*.

En consideración a lo anteriormente expuesto, y como quiera que no son atendibles los fundamentos del recurrente, se impone revocar la sentencia objeto del recurso de alzada.

4. Restablecimiento del Derecho

Ante la prosperidad de la nulidad de los actos administrativos demandados, como restablecimiento del derecho la Sala dispondrá que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., no está obligada a realizar el pago de la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados, y en caso de que la misma haya sido cancelada, se ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio devolver la suma cancelada por la empresa demandante en virtud de la sanción impuesta por los actos administrativos demandados, la cual deberá ser indexada, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \times Ipf/Ipi$$

Donde Va será el valor actualizado que debe pagar la entidad condenada, Vh el valor histórico que se debe actualizar, Ipf el índice final de precios al consumidor (IPC certificado por el DANE) para la fecha de ejecutoria de esta providencia y, finalmente, Ipi el índice de precios al consumidor vigente cuando se realizó el pago indebido.

5. Condena en costas.

Ante la decisión de revocar la decisión adoptada por la Juez de primera instancia y la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, la Sala condenará en costas en primera y segunda instancia a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), lo cual se hará de manera concentrada por la *ad quo*, conforme lo señalado en

el artículo 366 del Código General del Proceso¹⁹, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

F A L L A :

Primero. Revócase la sentencia del día 30 de junio del año 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda

Segundo. Declárese la nulidad de las Resoluciones Nos.: 14114 del 22 de marzo del año 2013, 92632 del 30 de diciembre del año 2013 y 31864 del 16 de mayo del año 2014, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero. Como restablecimiento se dispone que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., no está obligada a realizar el pago de la sanción impuesta mediante los actos administrativos demandados, y en caso de que la misma haya sido cancelada, se ordena a la Superintendencia de Industria y Comercio devolver la suma cancelada por la sociedad demandante en virtud de la sanción impuesta por los actos administrativos demandados, la cual deberá ser indexada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁹ Acuerdo No. PSAA 15-10392 del 1º de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto. Condénase en costas en la instancia a la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, las que serán **liquidadas** por el *a quo*, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado