

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: No. 11001-33-34-005-2015-00372-01
Actor: COLOMBIA MÓVIL SA ESP
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - APELACIÓN
SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 11 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá DC (fls. 126 a 132 vlto. cdno. ppal. no. 1) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se condena en costas. Ténganse como agencias en derecho el 1% de las pretensiones. Líquidense.

TERCERO: De existir remanentes en la suma aportada para gastos ordinarios del proceso, una vez en firme esta providencia, por Secretaría, procédase a su liquidación y entrega a la demandante.

CUARTO: Cumplido lo anterior, y en firme esta providencia, por Secretaría, archívese definitivamente el expediente.” (fls. 132 y vlto. cdno. ppal. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado el 2 de octubre de 2015 en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá DC la sociedad Colombia Móvil SA ESP, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (fls. 62 a 68 cdno. ppal. no. 1) con las siguientes súplicas:

“II PRETENSIONES

1. *Que se revoquen las Resoluciones no. 93970 del 31 de diciembre de 2013, mediante aviso no. 3317 de 23 de enero de 2015 (sic), No. Resolución No. (sic) 1617 del 23 de enero de 2015, mediante aviso no. 8101 de 24 de febrero de 2015 (sic) y la Resolución 4322 del 10 de febrero de 2015, mediante aviso 10849 (sic), mediante las cuales se impuso a la sociedad **COLOMBIA MÓVIL SA ESP** una sanción de CIENTO CATORCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$114.952.500.00), equivalentes a ciento noventa y cinco (195) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

2. *Que consecuentemente se exima a la sociedad **COLOMBIA MÓVIL SA ESP** de la sanción impuesta en las correspondientes Resoluciones no. 93970 del 31 de diciembre de 2013, mediante aviso no. 3317 de 23 de enero de 2015 (sic), Resolución No. 1617 del 23 de enero de 2015, mediante aviso no. 8101 de 24 de febrero de 2015 (sic) y la Resolución 4322 del 10 de febrero de 2015, mediante aviso 10849 (sic), o si es del caso, se reembolse a mi apoderada lo pagado por concepto de dicha sanción.*

3. *Que subsidiariamente se reduzca la sanción impuesta en las Resoluciones no. 93970 del 31 de diciembre de 2013, mediante aviso no. 3317 de 23 de enero de 2015 (sic), Resolución No. 1617 del 23 de enero de 2015, mediante aviso no. 8101 de 24 de febrero de 2015 (sic) y la Resolución 4322 del 10 de febrero de 2015, mediante aviso 10849 (sic), condenar en intereses a la entidad demandada (sic).*

4. *Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.” (fls. 64 y 65 cdno. ppal. – negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).*

2) Efectuado el respectivo reparto, según acta individual de la Oficina de Apoyo para tales despachos judiciales, correspondió el conocimiento del medio de control de la referencia al Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá DC (fl. 69 cdno. ppal. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda y su subsanación lo siguiente:

1) A través de la Resolución no. 93970 de 31 de diciembre de 2013 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción de multa a la sociedad Colombia Móvil SA ESP en cuantía de \$117.900.000 debido a que las explicaciones dadas por Colombia Móvil no fueron suficientes para exonerarse de responsabilidad por el hecho de activar un servicio de *roaming* internacional al señor Jesús Alberto Hernández sin su autorización previa y expresa a través de un mecanismo de atención al usuario en donde hubiese escogido el tiempo de duración de esa actividad, razón por la cual la SIC determinó el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6, 10 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011 expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

2) En contra de dicho acto administrativo fueron interpuestos los recursos de reposición y subsidiario de apelación, medios de impugnación estos decididos mediante las Resoluciones números 1617 de 23 de enero de 2015 y 4322 de 10 de febrero de ese mismo, acto este último que modificó el monto de la sanción impuesta en la suma de \$114.952.500 y confirmó en lo demás el acto recurrido.

3. Los cargos de la demanda

Estimó como normas violadas los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009 y los artículos 6, 10 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011 expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En el libelo introductorio y en su subsanación la parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que la acusación se concreta en señalar lo siguiente:

- 1) Si bien la SIC estableció erróneamente que Colombia Móvil activó el servicio de *roaming* internacional sin ser autorizado expresamente por el usuario lo cierto es que este sí activo el servicio dos años atrás.
- 2) Cuando el servicio de *roaming* internacional de acuerdo con la regulación no separa voz y datos no es viable para el usuario activar uno solo de esos servicios.
- 3) Están acreditados los envíos de mensajes de texto al móvil del usuario con los que se confirma la activación del servicio y en donde se indican las condiciones y se confirma las tarifas del servicio.

Igualmente la información correspondiente a la activación del servicio de *roaming* internacional se encuentra registrada con carácter público en la página electrónica www.tigo.com.co.

No obstante lo anterior se procedió a atender de manera favorable el requerimiento del cliente con la activación en la línea de los ajustes correspondientes.

- 4) La favorabilidad otorgada al usuario obedece al valor de \$10.082.725.
- 5) En la regulación se encontraba establecido que el servicio de *roaming* internacional no solo es para voz o datos sino para el servicio en general por lo que mal haría la SIC en establecer la obligación a Colombia Móvil en prestar uno u otro servicio.
- 6) No se encuentra acreditado que el usuario del servicio haya negado la solicitud para la activación de *roaming* internacional para la línea telefónica número 3008670783, sin embargo el usuario aclara que solicitó el servicio de *roaming* internacional solo para el servicio de voz pero, se comprobó que el usuario al evidenciar conexión de datos en lugar de inhabilitar el servicio generó consumos exitosos.
- 7) No se entiende cómo la SIC realiza la graduación de la sanción dado que al operador Comunicación Celular SA - Comcel SA le impuso una sanción de \$566.700.000 por la denuncia que efectuaron doce ciudadanos mientras que al Colombia Móvil SA lo sancionó con una multa de \$117.900.000 por la denuncia de un ciudadano quien no niega haber solicitado el servicio de *roaming* internacional, lo que hace no solo desproporcionada la sanción sino que además vulnera el principio de igualdad.

4. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 12 de diciembre de 2016 ante la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (fls. 103 a 111 vltto. cdno. ppal. no. 1) la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda, actuación en la que frente los cargos de nulidad esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

- 1) Los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones están reglados por la Ley 1341 de 2009 cuyo principio orientador está encaminado a proteger los derechos de los usuarios velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios como se desprende de los artículos 2 y 4 *ibidem*.
- 2) El artículo 56 y siguientes de la Ley 1341 de 2009 consagró el régimen de protección a los usuarios el cual está conformado por: a) la regulación que en materia de protección al usuario expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones y, b) el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias.
- 3) En lo referente a los derechos de los usuarios se establecieron, entre otros los siguientes: a) recibir de los proveedores información clara, veraz, suficiente y comprobable sobre los servicios ofrecidos, su consumo y los precios de manera que se permita un correcto aprovechamiento de ellos; b) reclamar ante los proveedores de servicios por cualquier medio incluidos los tecnológicos y acudir ante las autoridades en aquellos casos que el usuario considere vulnerados sus derechos y, c) brindar protección contra conductas abusivas o restrictivas.
- 4) Desde el año 2009 se acogió el principio de interpretación favorable de las normas de consumo en favor del extremo débil de la norma, es decir, del consumidor como se desprende del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009.
- 5) El ordenamiento jurídico establece tanto para el operador como para las autoridades de inspección, vigilancia y control la obligación de interpretar sin excepción alguna de forma favorable las normas y cláusulas contractuales a los intereses del consumidor como mecanismo garantista de la prevalencia de sus derechos.
- 6) Ante la oportunidad que tuvo el operador de intervenir en el trámite administrativo, haber formulado respuesta a los descargos y haber solicitado y aportado pruebas la SIC debía entrar a resolver la controversia administrativa de fondo, aspecto que en forma alguna constituye vía de hecho o violación de los derechos de la parte actora ya que el hecho de que la decisión haya sido adversa a sus intereses en ningún momento genera que el procedimiento administrativo adelantado ni la sanción impuesta haya sido con ocasión de la violación de los derechos de la entidad demandante.
- 7) Con la expedición de los actos acusados no se vulneró la Constitución y la ley dado que fueron expedidos por la autoridad competente, observando las formalidades y trámites establecidos por la ley con el fin de proteger los derechos vulnerados del usuario del servicio y a su vez promover el cumplimiento de las normas del régimen de comunicaciones las cuales son de orden público.
- 8) Cuando se activa el servicio de *roaming* internacional a un usuario sin su previa y expresa autorización se incurre en un violación flagrante de lo establecido en los artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011.
- 9) Del análisis de los actos acusados y de las pruebas aportadas a la actuación administrativa se observa que el operador del servicio incurrió en la conducta reprochable que dio lugar a la apertura de la investigación, la cual fue aceptada por la parte actora en el escrito de descargos de 4 de abril de 2013 en donde reconoce que concedió favorabilidad a las pretensiones del usuario.

Asimismo se advierte que si bien el 17 de abril de 2013 el usuario del servicio firmó el desistimiento de la queja esa circunstancia no exonera de responsabilidad al operador y por ello la SIC en calidad de autoridad procedió a sancionar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

10) La entidad demandante en el escrito de descargos aceptó haber concedido la favorabilidad al usuario del servicio lo que evidencia que no se compadeció de vulnerar sus derechos, trasgresión que se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico y está sujeta a una sanción la cual busca no solo imponer una multa sino también ejercer una labor de pedagogía entre los agentes del mercado con el fin de que se eliminen ese tipo de prácticas que van en contravía de la Constitución y la ley.

11) De los documentos obrantes en el expediente administrativo no. 13-45088 se concluye que la SIC se ajustó al trámite administrativo previsto en el capítulo VIII del Título I del Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones aplicables, garantizándose el debido proceso y el derecho de defensa.

12) Los argumentos esgrimidos por la parte actora no están llamados a prosperar ya que en la demanda la parte actora se limita a enunciar la presunta violación de los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009 sin hacer un desarrollo del concepto de la violación.

13) Los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009 que regulan la sanción y su graduación no fueron vulnerados por la SIC en tanto que los actos acusados sí fueron motivados respetándose los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción que le asistía a las partes, resaltándose que la sociedad demandante tuvo la oportunidad de actuar en cada una de las etapas del procedimiento, exponer sus argumentos, allegar pruebas e interponer recursos los cuales fueron tenidos en cuenta al adoptar la decisión, evidenciándose en el contenido de los actos la justificación y motivación suficiente para la imposición de la sanción la cual se estableció respetando el marco legal y la discrecionalidad que la ha sido concedida a la SIC sin ningún tipo de arbitrariedad.

14) La SIC basó su decisión en hechos ciertos, reales y probados en el expediente administrativo y que fueron detallados en los actos acusados evidenciándose que en ningún momento se incurrió en falta de motivación y menos en la vulneración del debido proceso, aspecto distinto es que las resultas de la actuación hayan sido adversas a sus intereses lo que no descalifica los actos administrativos demandados en tanto que estos obedecieron a razones de hecho y de derecho debidamente probados y motivados.

15) En ningún momento se vulneró el principio de legalidad dado que se actuó dentro del ordenamiento jurídico sumado al hecho de que la conducta reprochada está tipificada en la ley y la sanción impuesta se ajustó a una razonada dosimetría, conductas y sanciones contempladas en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009.

El legislador previó en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que cualquier incumplimiento a las disposiciones legales, reglamentarias o regulatorias en materia de telecomunicaciones produce la imposición de sanciones que pueden variar dependiendo de la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

La SIC estableció el monto de la sanción atendiendo los criterios fijados en la Ley 1341 de 2009 antes citados.

16) La multa impuesta se encuentra ajustada a los parámetros previstos en la ley sin que se evidencie ninguna desproporción, está más cerca del tope del mínimo que del máximo y existe una relación entra la infracción cometida y la sanción impuesta.

17) En cuanto a la estimación y determinación del monto de la sanción se tuvo en cuenta los criterios de proporcionalidad, valorando de manera independiente las gestiones adelantadas por el proveedor de servicios para cumplir con su deber de atender de manera

oportuna y adecuada las peticiones, quejas o reclamos así como el eventual reconocimiento del silencio por parte del operador junto con la concesión favorable de las pretensiones elevadas por el usuario del servicio.

18) Para la imposición de la multa se realizó una valoración de la naturaleza de la infracción en relación con los derechos de los usuarios y suscriptores, encontrándose que el monto era proporcional a la trascendencia y repercusión que generó la omisión e ineficacia del operador respecto del requerimiento hecho por el consumidor del servicio de telecomunicaciones.

La sanción es concordante con la naturaleza y gravedad de la falta, desidia y persistencia en el incumplimiento de lo ordenado por la SIC en favor del usuario.

19) No puede señalar la parte actora que la multa impuesta fue desproporcionada, más aun cuando se graduó y se impuso sobre una conducta cuya gravedad determinó su monto.

20) En dicho escrito se formuló como excepción previa la inepta demanda con el argumento de que la parte actora se limitó a enunciar la presunta violación de unas normas sin hacer un desarrollo del concepto de la violación, la cual fue declarada no probada por el *a quo* en el desarrollo de la audiencia inicial (fls. 126 vlto. a 127 vlto. cdno. no. 1) decisión que no fue impugnada por lo que hizo tránsito a cosa juzgada con efectos jurídicos vinculantes para las partes.

5. Alegatos de conclusión

Durante el trámite de la audiencia inicial llevada a cabo el 11 de agosto de 2017 (fls. 129 y vlto. cdno. ppal. no. 1) en cumplimiento de lo establecido en el artículo 182 del Código Contencioso Administrativo se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

La parte actora presentó los respectivos alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto en la demanda (fls. 129 y vlto. y 134 cdno. no. 1).

6. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá DC en providencia de 11 de agosto de 2017 (fls. 129 vlto. a 132 vlto. y 135 cdno. ppal. no. 1) dictó sentencia en la que resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia frente a los cargos de la demanda fueron los siguientes:

1) El artículo 37 de la Resolución 3066 de 2011 proferida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones impone a los proveedores de servicios de comunicaciones el deber de activar los servicios de *roaming* internacional previa solicitud expresa del usuario.

2) En virtud de la citada norma a los proveedores de los servicios de comunicaciones les corresponde: a) activar el servicio de *roaming* internacional previa solicitud expresa, b) la solicitud debe hacerse por cualquier mecanismo de atención al usuario y, c) el usuario deberá elegir el tiempo de prestación del servicio.

3) La SIC en el acto acusado estableció que *“la sociedad demandante se limitó a demostrar la solución dada en favor del usuario, sin embargo no existe prueba que demuestre que efectivamente existió una aceptación previa y expresa por parte del señor Jesús Alberto Dulce Hernández acerca de la prestación del servicio de roaming internacional (activación), mediante un mecanismo de atención al usuario y el tiempo de duración al mismo, tal como lo prevé la norma. Adicionalmente, frente al servicio de roaming, tampoco existe certeza de*

haber brindado información alguna acerca de las condiciones de la prestación del mismo. Lo anterior teniendo en cuenta que a folios 27 y 28 del plenario se menciona una activación, pero no hay certeza que para la misma haya mediado una autorización previa y expresa por parte del usuario y que ese escogiera el tiempo de duración del servicio, máxime cuando la presunta autorización data del 23 de abril de 2012 y los hechos objeto de reclamación se fundan en un viaje efectuado en noviembre de 2012, es decir aproximadamente 7 meses después”, (fls. 130 y vlto. cdno. no. 1).

4) La sociedad demandante allegó en sede administrativa la copia del documento denominado *print* de activación CRM, prueba técnica de que se envió al usuario la confirmación de activación, *print* de los ajustes efectuados, *print* de la reconexión del servicio y cancelación del *roaming* como fue expuesto en la Resolución 64930 de 31 de octubre de 2013 por medio de la cual se decretó la práctica de pruebas.

5) De los elementos de prueba que obran en el expediente no es posible concluir que el usuario del servicio solicitó expresamente la activación del servicio de *roaming* internacional para el mes de noviembre de 2012 con ocasión de un viaje a los Estados Unidos de Norte América.

Tampoco se encuentra acreditado que la solicitud previa haya sido realizada por cualquier mecanismo de atención al usuario ni que haya elegido el periodo específico de prestación del servicio dado que este no puede ser indefinido.

6) Por otro lado, se encuentra acreditado en el proceso que la parte actora ajustó la cuanta al usuario del servicio razón por la cual no le cobraron la suma de \$10.082.725 correspondiente a los servicios de *roaming* internacional, intereses, cargo de voz y datos por la reclamación que presentó previamente.

7) Está probado que la sociedad demandante no cumplió con las obligaciones que su condición de prestadora de servicios de comunicaciones le imponía, además no obra ningún elemento probatorio que desvirtúe la correspondencia entre la decisión adoptada por la SIC y los motivos que se invocaron en los actos acusados, motivo por el cual el cargo formulado por la parte actora denominado falsa motivación no está llamado a prosperar.

8) El incumplimiento a los deberes establecidos en las disposiciones de protección al usuario de telecomunicaciones tipificados en la Resolución CRC 3066 de 2011 da lugar a la imposición de los medios correctivos establecidos en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 los cuales se dosifican tomando en consideración los parámetros establecidos en el artículo 66 *ibidem*.

9) De la lectura de los actos acusados se tiene que, contrario a lo manifestado por la parte actora al momento de establecerse los criterios para la graduación de la sanción impuesta la SIC tomó en consideración lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, esto es, la gravedad de la conducta por vulneración del principio de información puesto que no se brindó al usuario la información suficiente, veraz y completa frente a las condiciones de activación del servicio de *roaming* internacional para que tomara una decisión de consumo libre de errores que la viciara.

10) En este caso concreto se desconocieron las disposiciones que regulan el servicio público que presta la parte actora por lo que la sanción impuesta se ajusta a derecho.

Además la SIC al momento de graduar la sanción tuvo en cuenta que la empresa demandante incurrió en reincidencia pues previamente mediante Resolución SIC 12040 de 2012 se le sancionó por las mismas conductas, esto es, por la falta de información al usuario respecto del servicio de *roaming* internacional.

11) En ese orden de ideas no se encuentra ningún elemento de convicción que permita concluir que no existe una relación de adecuación entre medios y fines, esto es, entre la falta en la que incurrió la sociedad demandante, la multa cuestionada y los objetivos perseguidos con esta, motivo por el cual no es de recibo el argumento según el cual para la imposición de la sanción no se consultó el principio de proporcionalidad.

12) En este caso concreto se aplicaron de manera acertada los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 con lo que se tiene que el monto de la multa se ajustó a la conducta y las circunstancias acreditadas dentro de la actuación administrativa.

13) De las pruebas allegadas no es posible establecer que a otras personas que se encontraran en las mismas condiciones se les haya proporcionado un trato más favorable por lo que en modo alguno se vulneró el derecho a la igualdad.

14) Se condenó en costas a la parte actora de conformidad con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

7. El recurso de apelación

El 28 de agosto de 2017 la parte actora presentó por escrito recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 144 a 151 cdno. ppal. no. 1), medio de impugnación este que fue concedido mediante auto del 13 de septiembre de 2017 (fl. 153 *ibidem*).

Los argumentos del recurso fueron los siguientes:

1) La SIC en un intento por velar por los derechos de los consumidores sancionó a la parte actora desconociendo que no hubo desprotección de los derechos del señor Jesús Alberto Dulce Hernández puesto que, en primer lugar, se evidenció en la demanda que el usuario fue enterado de la activación del servicio, sus implicaciones económicas y las condiciones de uso las cuales informaban que no solo era un servicio para voz o datos sino en general para ambas funciones y, en segundo lugar, se demostró que el usuario no negó la solicitud para la activación del servicio de *roaming* internacional para la línea telefónica número 3008370783, por el contrario, el titular aclaró que solicitó el servicio y al evidenciar conexión de datos en lugar a proceder a su inhabilitación generó consumos exitosos, aspectos probatorios que no fueron evaluados por el *a quo*.

Lo anterior conllevó tanto a la SIC como al juez de primera instancia a incurrir en un error de hecho por cuanto la realidad no concuerda con los supuestos que se dieron como probados y consecuentemente debió dársele el valor jurídico a las pruebas allegadas por la parte actora con el fin de evitar incurrir en una falsa motivación.

2) Si bien la SIC cuenta con discrecionalidad para graduar el monto de la sanción lo cierto es que deben obedecer a los criterios fijados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 referentes a la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción, con especificación de las razones en concreto que hacen que el operador en cada caso sea acreedor a un monto determinado por concepto de multa.

Sin embargo en los actos acusados no hay consideración alguna frente a la ausencia de daño ni a la relación que debe existir entre la falta y la sanción dado que las peticiones del usuario no solo fueron resueltas sino que, además, lo fueron en sentido favorable para el consumidor.

Así las cosas se desconoció la dosimetría sancionatoria y el principio de proporcionalidad.

Aunque el juez de primera instancia hizo referencia a la gravedad de la falta no estudió el criterio de daño producido dado que resulta desproporcionada la sanción establecida en los actos acusados, además la multa no cumple con el criterio de dosimetría debido a que se otorgó favorabilidad al usuario en sus pretensiones por tanto no debía imponer sanción o de haberse impuesto debió ser por un valor significativamente menor.

Así como es cierto que la SIC podía imponer sanciones hasta por 2000 salarios mínimos legales mensuales, también lo es que no justificó que parámetro tuvo en cuenta para imponer la sanción.

Aunque el *a quo* hizo alusión a que la sanción impuesta se enmarcó dentro de los márgenes legales no se evidenció un estudio que permita inferir una valoración sobre los criterios que permitieron a la SIC imponer la sanción por el monto de \$114.952.500, habiendo la posibilidad de sancionar por un menor valor e inclusive eximir de responsabilidad a la parte actora por no existir daños ni afectaciones que recaigan en el consumidor.

3) En virtud de que los antecedentes del proceso permiten apreciar una realidad en la que resulta razonable cuestionar la legalidad de los actos administrativos demandados, condenar en costas significaría inhibir el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se sientan perjudicados por las sanciones impuestas y solo aquellas personas que se encontraran 100% seguras de cómo se decidiría el caso tendrían la posibilidad de acudir a la justicia.

4) Por lo anotado se solicitó revocar la sentencia de primera instancia, no condenar en costas y acceder a las pretensiones de la demanda.

8. Actuación surtida en segunda instancia

Por auto de 12 de octubre de 2017 (fl. 4 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 2 de noviembre de ese mismo año (fl. 8 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso al Ministerio Público.

En dicho término la parte actora y la entidad demandada presentaron escritos de alegatos de conclusión (fls. 10 a 14 y 15 a 19 cdno. ppal.) en los que reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de alzada y en la contestación de la demanda respectivamente.

9. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público emitió concepto (fls. 20 a 28 cdno. ppal.) en los siguientes términos:

1) En el presente caso la parte actora se limitó a demostrar que dio solución al inconveniente presentado con el quejoso, sin embargo no existe prueba de la cual se pueda inferir que el usuario del servicio expresó su consentimiento aceptando previa y expresamente la activación del servicio de *roaming* internacional y el tiempo de su duración como lo exige la Resolución CRC 3066 de 2011, y menos se probó que al usuario le fue brindada información necesaria sobre las condiciones de la prestación de ese servicio, así como tampoco se demostró que la aceptación se efectuó a través de un mecanismo de atención al usuario por ende mal puede predicarse falsa motivación en el presente caso.

2) Por otro lado, tampoco se evidencia que se haya vulnerado derecho alguno a la sociedad demandante al establecer la SIC los criterios para graduar la sanción ya que se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

3) Por lo expuesto se solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

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) objeto de la controversia; 2) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 3) análisis de la impugnación y 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión de legalidad de la Resolución no. 93970 de 31 de diciembre de 2013 proferida por la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual se impuso una sanción de multa a la sociedad Colombia Móvil SA ESP en cuantía de \$117.900.000, debido a que la parte actora procedió a imponer el servicio de *roaming* internacional sin contar con la previa autorización del usuario desconociendo su voluntad, excluyendo su consentimiento y sin utilizar los mecanismos de atención al usuario, vulnerándose los principios de información y libre elección, aspectos que quebrantaron lo establecido en los artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Asimismo, solicita la nulidad de la Resolución no. 1617 de 23 de enero de 2015 expedida por la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo inicial, y de la Resolución no. 4322 de 10 de febrero de 2015 emitida por el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio por la cual se resolvió el recurso de apelación esgrimido en contra del acto que impuso la sanción de multa, con modificación del artículo primero de dicha decisión en el sentido de establecer la multa en la suma de \$114.952.500 y se confirmó en lo demás.

La parte actora no enlistó ni tampoco enumeró los cargos que sustentan la solicitud de nulidad de los actos demandados, no obstante de la lectura de la argumentación expuesta se concluye que el problema jurídico en este caso concreto consiste en determinar lo siguiente: a) si la parte actora activó el servicio *roaming* internacional sin ser autorizado expresamente por el usuario del servicio de comunicaciones, b) si era viable o no separar los servicios de voz y datos del *roaming* internacional, c) si están acreditados o no los envíos de mensajes de texto al móvil del usuario con los que al parecer se confirma la activación del servicio y en donde se indican las condiciones y las tarifas del servicio, d) si la información correspondiente a la activación del servicio de *roaming* internacional se encuentra registrada con carácter público en la página electrónica de la parte actora, e) si se atendió de manera favorable el requerimiento por el usuario con la activación en la línea celular de los ajustes correspondientes, f) si se vulneró los principios de dosimetría, proporcionalidad e igualdad en la sanción impuesta.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por considerar que los actos acusados no se encuentran falsamente motivados y que no existió violación de los

principios de proporcionalidad, dosimetría y razonabilidad de la sanción y que no se vulneró el principio de igualdad.

2. Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

En cuanto al objeto de la apelación esta se centra en señalar lo siguiente:

a) No hubo desprotección de los derechos del usuario de comunicaciones ya que fue enterado de la activación del servicio de *roaming* internacional, sus implicaciones económicas y las condiciones de uso las cuales informaban que no solo era para los servicios de voz o datos sino para ambas funciones, además no negó la solicitud para la activación del servicio ya que, por el contrario, aclaró que lo solicitó y al evidenciar conexión de datos en lugar de proceder a su inhabilitación generó consumos exitosos.

b) Para graduar la sanción se deben tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 referentes a la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción, con especificación de las razones en concreto que hacen que el operador en cada caso sea acreedor a un monto determinado por concepto de multa, sin embargo los actos demandados no tienen consideración alguna frente a la ausencia de daño ni a la relación que debe existir entre la falta y la sanción dado que las peticiones del usuario no solo fueron resueltas sino que además lo fueron en sentido favorable para el consumidor, razón por la cual se desconoció la dosimetría sancionatoria y el principio de proporcionalidad ya que no se debía imponer sanción o de haberse impuesto debió ser por un valor significativamente menor.

c) Condenar en costas significaría inhibir el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se sientan perjudicados por las sanciones impuestas por lo que se solicitó revocar esa decisión proferida por el *a quo*.

Sobre el punto cabe advertir que dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora Colombia Móvil SA ESP.

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 en virtud de la remisión legal contenida en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, 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.- 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.

¹ Normatividad procesal aplicable atendiendo el criterio consignado en el Acuerdo no. PSAA-10392 de 1 de octubre de 2015 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en la Sentencia C-229 de 21 de abril de 2015 proferida por la Corte Constitucional, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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

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

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, vale decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, razón por la cual la competencia funcional de esta Corporación se encuentra restringida legalmente.

3. Análisis de la impugnación

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

Del análisis de la actuación administrativa surtida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el asunto de la referencia la Sala encuentra lo siguiente:

1) El primer reproche de censura expuesto por la parte actora hace alusión a que no existe vulneración de los derechos del usuario de comunicaciones ya que este sí fue enterado de la activación del servicio de *roaming* internacional, sus implicaciones económicas y las condiciones de uso las cuales informaban que no solo era para servicios de voz o datos sino para ambas funciones, además no negó la solicitud para la activación del servicio ya que por el contrario aclaró que lo solicitó y al evidenciar conexión de datos en lugar de proceder a su inhabilitación generó consumos exitosos.

Este motivo de apelación no está llamado a prosperar por las siguientes valoraciones:

a) En el presente evento la causa por la cual Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la sociedad actora a través de los actos demandados fue el presunto incumplimiento de lo establecido en la Resolución 3066 de 2011 expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones que regulan el servicio de *roaming* internacional, referentes a la información de los usuarios y la solicitud de activación de ese servicio por parte de estos.

b) En primer lugar se debe precisar que en este caso concreto la causa por la cual Superintendencia de Industria y Comercio inició la investigación administrativa y finalmente sancionó a la sociedad demandante a través de los actos demandados, de conformidad con la Resolución no. 9569 de 12 de marzo de 2013 “*por la cual se inicia una investigación administrativa mediante formulación de cargos*” (fl. 102 cdno. no. 1 – medio magnético), fue el presunto incumplimiento de lo establecido en el mandato contenido en los artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011, ya que sin contar con la autorización expresa del usuario de comunicaciones la parte actora activó el servicio de *roaming* internacional durante un viaje realizado a la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de Norteamérica) en el mes de noviembre de 2012, cobrándole en la facturación los supuestos cargos generados por ese concepto.

Las citadas disposiciones regulan el principio de información, los derechos y obligaciones de los usuarios del servicio de comunicaciones, el servicio de *roaming* internacional y la improcedencia de cobros en los siguientes términos:

“Artículo 6°. Principio de información. En todo momento, durante el ofrecimiento de los servicios, al momento de la celebración del contrato y durante su ejecución, a través de los mecanismos obligatorios de atención al

usuario previstos en el numeral 11.9 del artículo 11 de la presente resolución, el proveedor de servicios de comunicaciones debe suministrar al usuario, toda la información asociada a las condiciones de prestación de los servicios, derechos, obligaciones y las tarifas en que se prestan los servicios.

Para tal efecto, deberá suministrar dicha información en forma clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna, suficiente, comprobable, precisa, cierta, completa y gratuita, y que no induzca a error, para efectos de que los usuarios tomen decisiones informadas respecto del servicio o servicios ofrecidos y/o requeridos.

Los proveedores de servicios de comunicaciones deberán dar cumplimiento a todos los deberes de información contenidos en el presente régimen, facilitando al usuario el acceso a la información que exige la presente resolución, a través de las oficinas físicas de atención al usuario, las oficinas virtuales de atención al usuario (la página web del proveedor y la página de red social a través de la cual se presentan las PQR), y las líneas gratuitas de atención al usuario.

(...).

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

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

(...)

t) Estar plenamente informado de las reglas que aplican para la utilización del Roaming Internacional, para que al viajar por fuera del país, pueda hacer uso de dicho servicio con total conocimiento de las tarifas adicionales que le aplican, así como a elegir el tiempo que quiere que dicho servicio se encuentre activado
(...).

(...).

Artículo 15. Modificaciones al contrato. Los proveedores de servicios de comunicaciones no pueden modificar en forma unilateral las condiciones pactadas en los contratos, ni pueden hacerlas retroactivas, tampoco pueden **imponer servicios que no hayan sido aceptados expresamente por el usuario que celebró el contrato.** En caso de que alguna de las situaciones mencionadas ocurra, dicho usuario tiene derecho a terminar el contrato anticipadamente y sin penalización alguna, incluso en aquellos casos en los que el contrato establezca una cláusula de permanencia mínima.

Cuando el proveedor, como consecuencia de una solicitud del usuario que celebró el contrato, efectúe dichas modificaciones a las condiciones inicialmente pactadas, deberá informarlas a través de un medio escrito físico o electrónico, a elección del usuario que celebró el contrato, a más tardar durante el período de facturación siguiente a aquel en que se efectuó la modificación.

En todo caso, tanto los contratos como las evidencias de modificaciones a los mismos, deberán ser conservados por el proveedor de conformidad con los términos previstos en el artículo 28 de la Ley 962 de 2005, o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

(...).

Artículo 37. Servicios de roaming internacional. Los proveedores de servicios de comunicaciones sólo podrán activar los servicios de roaming internacional, previa solicitud expresa del usuario que celebró el contrato, a través de cualquier mecanismo de atención al usuario, en cuyo caso el usuario deberá elegir el tiempo que dure la activación del servicio.

Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la presente resolución, los proveedores de telefonía móvil deberán informar en los contratos las condiciones en que se activan y prestan los servicios de roaming internacional y, si aplican, la existencia de valores adicionales por su uso.

Además, previa utilización de los servicios de roaming en el exterior, el proveedor deberá enviar al usuario un mensaje corto de texto –SMS– gratuito, informando el costo adicional al consumo que se genere en cada comunicación por el hecho de acceder a la red internacional o el costo que se genere por el hecho de tener disponibles los servicios de comunicaciones en el exterior, aún cuando en este último caso no se efectúen consumos.

(...).

Artículo 63. Improcedencia del cobro. Los proveedores de servicios de comunicaciones no podrán cobrar servicios no prestados, ni tarifas ni conceptos diferentes a los informados y aceptados previamente por el usuario, o previstos en las condiciones de los contratos.

Adicionalmente, cuando a causa de la ocurrencia de desastres naturales, hechos terroristas, hurto de infraestructura no imputable al usuario o cualquier otro evento de fuerza mayor o caso fortuito, no sea posible la prestación del servicio, los proveedores no pueden efectuar cobro alguno al usuario, correspondiente al tiempo en que haya permanecido la interrupción del servicio por las causas mencionadas.” (resalta la Sala).

De las normas transcritas se desprende que los usuarios de servicios de telefonía móvil tienen derecho a que se les informe sobre las condiciones en que se prestan servicios tales como el de *roaming* internacional, sus tarifas, a que se les dé a elegir el tiempo que desean utilizar ese tipo de servicios y a que solo se active previa solicitud expresa por parte del usuario.

c) De conformidad con lo anotado constituye una obligación para los prestadores de este tipo de servicios garantizar a sus usuarios el ejercicio de los citados derechos.

d) Con el fin de acreditar el cumplimiento de las referidas obligaciones la sociedad recurrente señaló en la demanda y en el recurso de alzada que el usuario reclamante estaba enterado de la activación del servicio de *roaming* internacional ya que están acreditados los envíos de mensajes de texto al móvil del usuario con los que se confirma la activación del servicio y en donde se indicaron las condiciones y se confirmó las tarifas, sumado al hecho de que no negó la solicitud para la activación del servicio.

e) Al respecto resulta oportuno precisar que de conformidad con las normas anteriormente citadas son varias las obligaciones que asisten a los prestadores de este tipo de servicios, una, referida a la información de las condiciones del servicio de *roaming* internacional y, otra, relacionada con la activación de este, previa solicitud expresa del usuario.

f) No obstante lo anterior, en este caso concreto no se demostró que el usuario del servicio de comunicaciones de manera previa y expresa a través de un mecanismo de atención al usuario efectivamente hubiese solicitado la activación del servicio de *roaming* internacional

para el mes de noviembre de 2012 con ocasión de un viaje a la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de Norte América), y menos que se le hubiere permitido elegir el tiempo de utilización de este tipo de servicio o se le hubiese brindado información necesaria sobre las condiciones de la prestación de ese servicio.

g) En efecto, de conformidad con el ordenamiento jurídico antes transcrito la obligación que le asiste a los prestadores del servicio de *roaming* internacional es la activación del mismo previa solicitud expresa del usuario, lo cual no se cumple con el envío de mensajes de texto al usuario informándole que ese servicio fue activado, como lo pretende la parte actora al allegar la denominada “prueba técnica de que se envió la confirmación de activación” y que ese mensaje no fue rechazado por el consumidor (fl. 102 medio magnético), ya que, como se anotó, son los usuarios del servicio quienes expresa y previamente deben solicitar que se les active el servicio de *roaming* internacional, y por tanto la empresa solo puede proceder a la activación de dicho servicio previa solicitud expresa de sus usuarios, documento este que brilla por su ausencia en el proceso.

Respecto de la ausencia de prueba que demuestre que existió una aceptación previa y expresa por parte del señor Jesús Alberto Dulce Hernández acerca de la prestación del servicio de *roaming* internacional en los actos acusados se precisó lo siguiente:

*“(...) la sociedad demandante se limitó a demostrar la solución dada en favor del usuario, sin embargo **no existe prueba que demuestre que efectivamente existió una aceptación previa y expresa por parte del señor Jesús Alberto Dulce Hernández acerca de la prestación del servicio de roaming internacional (activación), mediante un mecanismo de atención al usuario y el tiempo de duración al mismo, tal como lo prevé la norma. Adicionalmente, frente al servicio de roaming, tampoco existe certeza de haber brindado información alguna acerca de las condiciones de la prestación del mismo. Lo anterior teniendo en cuenta que a folios 27 y 28 del plenario se menciona una activación, pero no hay certeza que para la misma haya mediado una autorización previa y expresa por parte del usuario y que ese escogiera el tiempo de duración del servicio, máxime cuando la presunta autorización data del 23 de abril de 2012, y los hechos objeto de reclamación se fundan en un viaje efectuado en noviembre de 2012, es decir aproximadamente 7 meses después.***

Adicionalmente llama la atención de este despacho que a folio 30 del expediente, de acuerdo al pantallazo del sistema interno de gestión de la compañía investigada, se lea que para el caso concreto no se cuenta con los soportes de la activación por parte del usuario, situación que en presencia del postulado de la carga dinámica de la prueba, puede tenerse como violatorio del régimen de protección de usuarios de los servicios de comunicaciones.” (fl. 30 cdno. no. 1 - se destaca).

Los citados hechos no fueron tachados de falsos ni desvirtuados por la parte actora, lo que evidencia que la sociedad demandante no cumplió con la obligación de garantizar al usuario del servicio de comunicaciones el ejercicio del derecho a ser quien solicite previamente y de manera expresa la activación del servicio de *roaming* internacional.

h) Así las cosas, no encuentra la Sala que la sociedad recurrente haya demostrado que fue el usuario quien solicitó expresamente la activación del servicio de *roaming* internacional razón por la cual el reproche de nulidad establecido en este primer punto de apelación no está llamado a prosperar.

2) En segundo término, la parte actora alega que para graduar la sanción se deben tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 referentes a la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la

proporcionalidad entre la falta y la sanción, con especificación de las razones en concreto que hacen que el operador en cada caso sea acreedor a un monto determinado por concepto de multa.

En ese sentido la parte actora resaltó que aunque el *a quo* hizo alusión a que la sanción impuesta se enmarcó dentro de los márgenes legales no se evidenció un estudio que permita inferir una valoración sobre los criterios que permitieron a la SIC imponer la sanción por el monto de \$114.952.500, habiendo la posibilidad de sancionar por un menor valor e inclusive eximir de responsabilidad a la parte actora por no existir daños ni afectaciones que recaigan en el consumidor, circunstancia por la cual se desconoció la dosimetría sancionatoria y el principio de proporcionalidad.

Al respecto la Sala observa que este motivo de censura no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

a) En este caso concreto los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para definir la sanción aplicable, esto es, la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción sí fueron valorados en los actos administrativos demandados; al respecto en la Resolución no. 93970 de 31 de diciembre de 2013 expedida por la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual se impuso la sanción de multa en la parte motiva se estableció lo siguiente:

“NOVENO: Dosimetría Sancionatoria:

Por lo tanto, es necesario anotar que la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, obedece principalmente a una facultad discrecional que no es absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular, se encuentra gobernado por criterios definidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Precisamente, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, donde se consagran los montos mínimos y máximos de la sanción entre 1 y 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Así las cosas, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra legalmente investida esta Superintendencia es que realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción.

9.1. Gravedad de la falta:

En efecto, la conducta desplegada por la investigada constituye una falta grave especialmente por las siguientes razones:

a. Vulneración del Principio de información.

Este principio constituye un criterio orientador y rector en materia de protección a los usuarios de los servicios de comunicaciones, pues alrededor de él orbitan un sinnúmero de disposiciones, precisamente, porque tanto la constitución, la ley, como el propio ente regulador consideraron fundamental que los prestadores de servicios otorgaran toda la información que pudiera necesitar el usuario o suscriptor para tomar una decisión de consumo consciente, libre de errores que pudieran viciarla.

Por tal razón, existe una protección reforzada al principio de información, consagrada en sus aspectos generales en el artículo 6 de la Resolución 3066 de 2011, que indica que se debe proporcionar al usuario información clara, completa, suficiente, oportuna,

y que no conduzca a error, entre otras tantas cualidades que a lo largo del régimen de protección a los usuarios de comunicaciones se encuentran para garantizar este principio rector; y en particular, el artículo 10 numeral 10.1 literal t) *ibídem*, señala como uno de los derechos de los usuarios "(...) Estar plenamente informado de las reglas que aplican para la utilización del Roaming Internacional, para que al viajar por fuera del país, pueda hacer uso de dicho servicio con total conocimiento de las tarifas adicionales que le aplican, así como a elegir el tiempo que quiere que dicho servicio se encuentre activado (...)"

La conducta de la investigada trasgrede ambas disposiciones, desconociendo así el principio que las inspira, pues nunca se demostró que se hubiera brindado una información clara, oportuna, verás y completa frente a las condiciones de activación del servicio de roaming internacional. De esta manera, al usuario se le atribuyó un servicio de roaming internacional, sin que esté demostrado el mediar una aceptación previa, mediante un mecanismo de atención al usuario y escogiendo el tiempo de duración de tal activación.

En ese orden de ideas, la conducta de la investigada constituye una infracción evidente y directa tanto a los principios generales de información y libre elección, como al derecho a recibir la información completa, relativa al específico servicio de Roaming internacional, consagrados en los artículos 4, 6 y 10 literal t) de la Resolución 3066 de 2011, de tal manera que la infracción da lugar a ser calificada como grave, al vulnerar pilares fundamentales en la regulación existente en materia de protección de usuarios de servicios de comunicaciones, aunado al hecho de haberse desconocido otras disposiciones particulares como las contenidas en los artículos 15, 37 y 63 del mismo cuerpo normativo, situación que amerita una sanción significativa que reafirme la vigencia de las normas trasgredidas.

b. Imposición de Servicios

De igual forma, la investigada con su actuar, está imponiendo servicios de manera unilateral, sin contar con la previa autorización del usuario, quien debe exteriorizar su consentimiento para poder modificar las condiciones originalmente pactadas, o para aceptar servicios adicionales. En efecto, el artículo 15 de la Resolución CRC 3066 de 2011, señala específicamente que, "(...) los proveedores de servicios (...) tampoco pueden imponer servicios que no hayan sido aceptados expresamente por el usuario que celebró el contrato (...)". Tal conducta, consistente en desconocer la aceptación expresa de los usuarios, e imponer servicios de forma unilateral es considerada por el régimen de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones una acción tan grave, que habilita al usuario para "(...) terminar el contrato anticipadamente y sin penalización alguna, incluso en aquellos casos en los que el contrato establezca una cláusula de permanencia mínima (...)".

A pesar de lo sensible del tema, de acuerdo al material probatorio obrante en la actuación, la investigada procedió a imponer el servicio de Roaming internacional, sin contar con la previa autorización del usuario, desconociendo su voluntad, excluyendo su consentimiento, con lo cual no sólo trasgredió lo señalado en el artículo 15, sino vulneró otro de los principios orientadores en la materia, como el principio de libertad de elección, que constituye el fin de protección de la norma contenida en el artículo 15 de la Resolución CRC 3066 de 2011, pues la finalidad última de esta disposición consiste en garantizar la libertad de elección de los usuarios, impidiendo que se les impongan servicios que no han sido elegidos por ellos.

c. Desconocimiento de los requisitos especiales para la activación del servicio de roaming internacional, consagrado en el artículo 37 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

El servicio de roaming internacional, por sus características particulares, demandó una regulación especial, con el propósito de proteger a los usuarios de ciertos abusos por parte de los proveedores, lo que condujo a una específica normativa que va desde reforzar el principio y derecho a la información ya analizado, hasta la disposición de

unos requisitos especiales para su activación. Efectivamente, encontramos que el artículo 37 establece: "(...) Los proveedores de servicios de comunicaciones sólo podrán activar los servicios de roaming internacional, previa solicitud expresa del usuario que celebró el contrato, a través de cualquier mecanismo de atención al usuario, en cuyo caso el usuario deberá elegir el tiempo que dure la activación del servicio (...)."

Del anterior precepto normativo, se colige que existen unos requisitos especiales definidos por las normas que regulan la materia que cuenta con dos partes claramente identificables, la primera relativa a que solo se podrá activar los servicios previa solicitud expresa del usuario; y la segunda referida a los medios a través de los cuales se puede realizar dicha activación, esto es, mediante cualquier mecanismo de atención al usuario. Ambos aspectos, que hacen parte de los requisitos especiales para la activación del servicio de Roaming internacional, son desatendidos por la investigada, de acuerdo a lo efectivamente probado dentro de la investigación.

Así entonces, la existencia de una norma particular y específica que regula la activación del servicio de roaming internacional, torna más gravosa la conducta de la investigada, pues existen unos parámetros establecidos por el ordenamiento, diseñados para garantizar los derechos de los usuarios, conocidos plenamente por los proveedores de comunicaciones, y a pesar de ello, son absolutamente inobservados por el proveedor de comunicaciones.

Por todo lo anterior, la conducta de la investigada es de tal entidad, que amerita la intervención del organismo de control, quien en aras de ratificar la vigencia del ordenamiento jurídico, y reafirmar la confianza en los derechos de los usuarios, impondrá una sanción administrativa.

9.2. Reincidencia en la comisión de los hechos.

(...)

Así las cosas, advierte este Despacho que existe la Resolución SIC 12040 de 2012, que ya se encuentra en firme, en la que se sancionó a la sociedad investigada por un monto de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por la falta del deber de información al usuario frente al derecho que éste tiene de determinar el tiempo que desee que se encuentre activado el servicio de roaming internacional, artículos 6 y 37 de la Resolución CRC 3066 de 2011, omitiendo suministrar la totalidad de la información relacionada con el mismo de forma completa, desconociendo este requisito especial que la norma prevé.

El anterior precedente conduce a este Despacho a concluir que estamos frente a una conducta no solo lesiva en materia de protección de usuarios de servicios de comunicaciones, sino además reiterada, sin lograr disuadir a la investigada para que modifique su conducta, adecuándola a los parámetros establecidos por las normas que regulan la materia, tal y como queda evidenciado en la presente actuación administrativa.

En ese orden de ideas, la reincidencia en la comisión de los hechos, agrava la ya lesiva conducta de la investigada, quien con su comportamiento, desconoce la vigencia del régimen de comunicaciones, así como la confianza social en los derechos de los usuarios.

9.3. Proporcionalidad entre la falta y la sanción

Frente a este criterio de dosimetría sancionatoria, cabe mencionar que el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, contempla varios tipos de sanción y para el caso concreto, teniendo en cuenta que la conducta reprochada puede ser corregida por parte del proveedor del servicio, esto es que en futuras ocasiones se efectuó la activación del servicio de roaming internacional cuando medie una aceptación previa y expresa por

parte del usuario, lo cierto es que la medida que tomará esta Dirección con el fin de desincentivar una posible reincidencia en la misma conducta o hechos, habrá de ser la imposición de una multa, toda vez que las demás modalidades de sanción no resultan proporcionales a la falta que se imputa, la primera de ellas por insuficiente y las dos últimas por resultar excesivas.

En este orden de ideas, habiendo definido que la sanción procedente para el caso concreto será la imposición de una multa a cargo del proveedor investigado, ésta se tasarán en una mínima proporción, de acuerdo a los parámetros mínimo y máximo permitidos por la ley, esto es entre uno (1) y dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en consideración a la gravedad de la falta, la proporcionalidad entre la falta y la sanción y finalmente, la oportunidad que tiene la sociedad vinculada de corregir el yerro que ahora motiva la imposición de la sanción.

DECIMO: Sanción administrativa:

Se encuentra establecido, como quedó visto, el incumplimiento por parte de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., (...) respecto de lo consagrado en los artículos 6, literal t) del numeral 10.1 del artículo 10, 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Como consecuencia, al tenor de lo previsto por el numeral 3 del artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, se impondrá a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., (...) una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de CIENTO DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$117.900.000), equivalentes a DOSCIENTOS (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto al que se llega luego de analizar la gravedad de la infracción, la proporcionalidad entre la falta y la sanción y en particular, el hecho concreto de que con el desacato respecto de lo dispuesto en los mencionados artículos de la Resolución CRC 3066 de 2011, se vulneran los derechos consagrados a favor de los usuarios de los servicios de comunicaciones. (fls. 31 a 35 cdno. no. 1 – resalta la Sala).

De igual modo en la Resolución no. 1617 de 23 de enero de 2015 a través de la cual se resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo demandado se puso de presente lo siguiente:

“8.6 La sanción impuesta no es desproporcionada.

(...).

Frente a la aseveración formulada por la recurrente, encuentra este Despacho que una vez valorado el numeral 9 de la Resolución No. 93970 se acredita que la sanción impuesta está debidamente sustentada en los criterios sancionatorios plasmados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 1999, basándose en la gravedad de la falta tomando como ejes, la vulneración del principio de información, la imposición de servicios y el desconocimiento de los requisitos para la activación del roaming internacional, y a su vez, teniendo en cuenta que la sociedad sancionada ya había sido multada por los mismos hechos, situación que pone de presente que aun cuando la recurrente ya había sido amonestada por activar el servicio de roaming internacional de forma antijurídica, su proceder no cambió a pesar de la sanción impuesta. Consecuentemente, este Despacho está de acuerdo con los postulados, hechos y motivos que razonan subyacentemente la sanción impuesta.

Ahora bien, sobre el argumento expuesto y elevado por la recurrente, vale la pena esbozar que la misma implica una falacia ostensible, ya que según la sociedad recurrente esta Superintendencia estaría atada a condenar a la sociedad investigada, de acuerdo con otra Resolución que condenó a otro operador de telefonía móvil simplemente por el hecho que a través de la aludida Resolución se le imputó el mismo

cargo, sin tener en cuenta los razonamientos específicos y circunstancias particulares que llevaron a esta Superintendencia a sancionar tanto a la recurrente como al otro operador móvil. Por otro lado, resulta fuera de toda base pretender que se rebaje la condena simplemente por el hecho que otra sociedad fue condenada con base en las denuncias de 12 ciudadanos y la sanción objeto de la censura, en la de un solo ciudadano.

Cabe recordar que la facultad discrecional de la que goza la Superintendencia de Industria y Comercio, debe estar apoyada en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como en efecto ocurrió, pero en manera alguna en la fórmula aritmética propuesta por la recurrente en la que se toma como numerador la máxima sanción impuesta a un competidor y en la que el denominador corresponde al número de usuarios que en ese caso resultaron afectados, para de esta forma obtener el cálculo de la sanción que debiera imponerse a la hoy investigada. Además de estar llamada al absurdo la tesis propuesta, también lo es - se reitera - que las situaciones particulares que rodean cada caso o investigación administrativa ameritan un tratamiento diferenciador el cual no puede ser ligeramente replicado inexorablemente en situaciones que puedan contener elementos similares.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno (1) y dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra legalmente investida esta Superintendencia es que realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción, sin perder de vista los extremos máximos y mínimos previstos en la norma.

(...).

De este modo, una vez determinada la gravedad de la falta, atendiendo los lineamientos de razonabilidad y ponderación de las circunstancias particulares de cada caso concreto, esto es, la proporcionalidad, el Despacho haciendo uso de la facultad legalmente consagrada, impuso la sanción pecuniaria a cargo de la investigada. Es pertinente resaltar que la valoración de los criterios expuestos no comporta la existencia de un procedimiento cuantitativo en el que se indique, a manera de ejemplo, el valor con que será sancionada una determinada falta, pues lo que el Despacho analiza es que una vez determinada la existencia de la infracción y valoradas las circunstancias particulares de cada caso, con apego a los criterios legales expuestos, hay lugar a la imposición de la sanción pecuniaria dentro de los rangos indicados en la norma.” (fls. 46 a 48 cdno. no. 1- destaca la Sala).

Finalmente, en la Resolución no. 4322 de 10 de febrero de 2015 expedida por el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual se resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo que impuso la sanción, confirmándose la decisión impugnada, se determinó lo siguiente:

“4.1. En relación con el argumento de la recurrente denominado “dosimetría sancionatoria”.

(...).

Ahora bien, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad

sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno(1) y dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En tal sentido, existiendo la posibilidad de imponer multas hasta por un monto de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, ha de precisarse que el monto de la multa impuesta se encuentra evidentemente dentro de los rangos establecidos, sin que supere el máximo permitido por la ley y en nada resulta desproporcional a la conducta endilgada a la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P.

Verificado el análisis realizado por el a quo en relación con los criterios para efectos de la graduación de la multa, encuentra este despacho que se atendió a las particularidades del caso e involucró un análisis de los criterios que aplicaban para el caso concreto, pues hay que tener en cuenta que se verificó una reincidencia en la conducta infractora de la sociedad investigada y medió en detrimento del usuario, un cobro inicial por una suma elevada de dinero con suspensión del servicio de voz y datos a nivel nacional ante la negativa de pago por activación irregular del servicio de roaming internacional.

Adicionalmente, no puede olvidarse que la multa que menciona la recurrente, tuvo lugar en el año 2012, cuando el monto del salario mínimo mensual vigente para el cálculo de la sanción, era inferior.

Finalmente, llama la atención de este despacho que aun la sociedad investigada, conociendo de lo antijurídico de este tipo de activaciones, precisamente por el antecedente relacionado con la sociedad Comcel S.A., insista en la activación del servicio de roaming internacional sin el lleno de los requisitos impuestos por la regulación.

En este orden de ideas, no haya razón este despacho a la recurrente y por lo tanto, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.” (fls. 56 a 58 cdno. no. 1 - negrillas adicionales).

b) Lo expuesto evidencia que en los actos administrativos demandados sí se valoraron y analizaron los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción, como se explica a continuación:

i) La gravedad de la falta consistió en la infracción al régimen de protección de los usuarios y/o suscriptores del servicio de telecomunicaciones por vulneración de lo dispuesto en los artículos 6, 10 numeral 10.1 literal t), 15, 37 y 63 de la Resolución CRC 3066 de 2011 proferida por la Comisión de regulación de Comunicaciones dado que la sociedad demandante procedió a activar el servicio de *roaming* internacional sin contar con la previa y expresa autorización del usuario, desconociendo su voluntad, excluyendo su consentimiento y vulnerándose los principios de información y libre elección.

ii) La reincidencia en la comisión de los hechos radicó en el hecho de que por la misma conducta se sancionó al proveedor del servicio en otra ocasión (fl. 33 y vlto. cdno. no. 1 cdno. no. 1).

iii) El daño producido en este caso concreto lo constituyó la vulneración al régimen de protección de los usuarios y/o suscriptores del servicio de telecomunicaciones en tanto que se quebrantaron los principios de información y libre elección, puesto que se activó y en principio se cobró un servicio *-roaming* internacional- que en modo alguno fue autorizado por el usuario de comunicación, hecho que quebrantó el ordenamiento jurídico ya citado.

iv) Por último, en cuanto a la proporcionalidad entre la falta y la sanción, de la motivación expuesta en los actos administrativos demandados se evidencia que la sanción impuesta tiene pleno respaldo en la norma contenida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que establece el monto máximo para las multas el cual es equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

c) En ese orden de ideas la Sala considera que la multa impuesta en modo alguno desconoció el principio de proporcionalidad por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación, dado que se comprobó que la parte actora vulneró lo dispuesto en el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios regulado en la Resolución CRC 3066 de 2011, razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva.

d) De igual manera, debe ponerse de presente que el valor de la multa impuesta ascendió a la suma de \$114.952.500 el cual constituye un muy considerable bajo porcentaje del monto máximo legalmente fijado para ese tipo de conductas por cuanto esa cifra corresponde apenas al 9,75% del monto máximo posible que, para la fecha en que ocurrieron los hechos era de \$ 1.179.000.000², por lo que no es cierto que la sanción sea desproporcionada y, por el contrario la decisión objeto de juzgamiento en cuanto a este aspecto se refiere se ajusta en debida forma a la norma legal prevista para el efecto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que el monto de la sanción impuesta no solo se enmarca en los límites posibles previstos en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009 sino que también resulta razonable y adecuado al contenido y alcance de la falta objeto de sanción.

e) En ese contexto la Sala considera que la multa impuesta no desconoció los principios de proporcionalidad y dosimetría por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación, dado que se comprobó que la parte actora procedió a imponer el servicio de *roaming* internacional sin contar con la previa autorización del usuario desconociendo su voluntad y excluyendo su consentimiento razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva.

f) Es claro entonces que en este caso concreto se cumplió la obligación contenida en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 en tanto que en que los actos acusados se incluyó la valoración de los criterios antes citados como ampliamente se analizó.

Debe advertirse también que la norma hace referencia a que se incluya la valoración de los criterios para imponer la multa no que se establezca un título o capítulo especial para cada uno de ellos, por tanto la valoración de estos puede hacerse de manera general en la parte motiva de los actos administrativos como ocurrió en este caso concreto en donde la parte actora en la parte considerativa los actos acusados valoró y ponedero los criterios para imponer la sanción de multa.

Lo que exige la norma es la valoración de los criterios para graduar la imposición de la multa independientemente de la forma en que se haga.

g) Por lo expuesto este motivo de censura carece de asidero jurídico.

3) Finalmente, la entidad apelante aduce que condenar en costas significaría inhibir el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se sientan perjudicados por las sanciones impuestas por lo que se solicitó revocar esa precisa decisión adoptada por el juez de primera instancia.

Este motivo de censura no tiene vocación de prosperidad por lo siguiente:

² El salario mínimo legal del año 2013 correspondía a la suma de \$589.500.

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –norma especial- respecto de la condena en costas establece lo siguiente:

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

b) En este caso concreto no se está ventilando un interés público como sí ocurre en los medios de control de simple nulidad y electorales sino que, se discuten unos derechos de contenido particular y concreto de la sociedad Colombia Móvil SA ESP como parte vencida en primera instancia, por tanto de conformidad con la citada norma de carácter especial la sentencia de primera instancia debía disponer sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se rigen por las normas del Código de Procedimiento Civil ahora Código General del Proceso, es decir en los términos establecidos en el artículo 366 de este último cuerpo normativo.

c) Por lo anterior es claro que la condena en costas a la parte vencida en primera instancia sí era jurídicamente procedente, razón por la cual el cargo de nulidad discutido en este preciso punto no prospera.

4. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, en el presente evento hay lugar a condenar en costas causadas en esta instancia a la parte actora en la condición de parte vencida cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

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 :

1º) Confírmase la sentencia de 11 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.

2º) Condénase en costas de esta instancia procesal a la parte actora conforme a lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso cuya liquidación corresponde al juzgado de primera instancia.

3º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado