

Señora Juez

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso No. 11001333400320180036900
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Demandada: Superintendencia de Industria y Comercio
Asunto: **APELACIÓN ETB SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA DE 30 DE JUNIO DE 2023**

Respetada Señora Juez:

JULIANA TRUJILLO HOYOS, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía número 52.996.649 de Bogotá, abogada titulada y con tarjeta profesional número 164.271 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** -ETB-, como consta en el poder especial que se ha radicado previamente en el expediente, me dirijo a usted con el fin de presentar Recurso de Apelación contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2023 dentro del proceso de la referencia -notificada a ETB el 11 de julio de 2023 por correo electrónico-, en los términos del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, con base en los siguientes argumentos:

I. FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE IMPUGNACIÓN

A continuación, se discutirán las razones que permiten fundar la interposición del recurso de apelación contra la sentencia emitida por su Despacho, donde lo primero es insistir en las pretensiones de la demanda y en todos y cada uno de los argumentos contenidos en el mencionado escrito, así como en los alegatos de conclusión rendidos por ETB, y en concreto en lo siguiente, que constituye el fundamento de este recurso de apelación:

La sentencia de primera instancia decidió resolver el primero y segundo cargo de nuestra demanda en conjunto, considerando que ello podía ser procedente por tener ambos unidad de materia y compartir argumentos en su planteamiento; así, encontrando razonable esa manera de proceder, nos permitimos esbozar los argumentos de ETB frente a ambos acápite, en esta primera parte de este recurso de apelación.

1. **Violación al debido proceso, por violación de los principios de legalidad, defensa y tipicidad por falta de tipificación jurídica de la conducta o comportamiento al no haberse indicado con claridad la norma infringida**
2. **Vulneración del debido proceso, por violación de los principios de legalidad y tipicidad. Por indebida imputación fáctica**

En cuanto a estos cargos, la sentencia de primera instancia planteó los argumentos que me permito citar a continuación:

"(...) no es cierto lo aseverado por la parte actora al señalar que en la formulación de cargos no se indicaron los hechos constitutivos de la presunta infracción y las normas que las tipifican.

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

(...)

"(...) el principio de legalidad hace referencia a la exigencia de que la conducta que se investiga y por la cual se sanciona, debe previamente existir en una norma que establezca la legalidad o no de la misma; y la tipicidad, a la descripción completa, clara e inequívoca del acto hecho u omisión de la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

(...)

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

Así entonces, es claro que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. se encontraba obligada a atender de manera oportuna, eficaz e integralmente la solicitud efectuada por la señora Nancy Yaneth Carlos Forero, el día 30 de agosto de 2016, bajo los parámetros establecidos en el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, los cuales, como bien señaló la demandada en los actos

administrativos acusados, no sólo están conformados por lo establecido en la Ley 1341 de 2009, sino que además se debe tener en cuenta la regulación que la materia expida el órgano regulador, en este caso, la Resolución CRC 3066 de 2011.

Del mismo modo, esta primera instancia considera que la descripción que traen las referidas normas, estas son, el artículo 54, numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como el artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011 es clara e inequívoca al tipificar como conducta sancionable, toda aquella que constituya incumplimiento o violación de las disposiciones legales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, particularmente las relativas a la obligación del proveedor de atender de manera integral y oportuna los requerimientos de sus usuarios, particularmente los derechos de petición.

*De esta manera, **contrario a lo expuesto por la actora, dichas disposiciones normativas y regulatorias si tienen relación directa con la imputación fáctica y jurídica que hiciera la entidad hoy demandada**, y no es cierto que la imputación efectuada no correspondiera concretamente al hecho específico de no pronunciarse sobre todas las pretensiones contenidas en la petición, pues dicha enunciación fáctica se hizo en la medida que ello fue consecuencia de la desatención a la petición presentada por la usuaria, y como prueba del no acatamiento a los referidos artículos 54, en concordancia con el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, y artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011.*

(...)

*(...) se concluye que no le asiste razón a la parte actora en invocar el principio de tipicidad y legalidad como fundamento de la aludida violación al debido proceso, pues como se explicó, la imputación fáctica efectuada en el curso de la investigación administrativa se encuentra acorde a derecho, y además porque no se puede perder de vista que el artículo 2 ídem, consagra que 'toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y de las cláusulas del contrato celebrado entre el proveedor de servicios de comunicaciones y el usuario, será decidida a favor de este último, de manera que prevalezcan sus derechos', por lo tanto, **se reitera la obligación que le asistía a la demandante de resolver todas las pretensiones planteadas en la petición que en su momento presentó la usuaria (...), pues de lo contrario se desnaturalizaría la protección integral que estos gozan en su relación con los proveedores de servicios de comunicación.***
(...)"

Se desprende entonces, que, en conclusión, la sentencia de primera instancia se refirió a que sí hubo una debida imputación fáctica y jurídica, en tanto, como primera medida, la investigación administrativa desde el comienzo identificó los hechos constitutivos de la presunta infracción y las normas que la tipificaban, y segundo, en todo caso la calificación de la conducta presuntamente infractora y su adecuación a la norma se daban en el acto administrativo que decide la investigación y no en la formulación de cargos; así, al interpretarse sistemáticamente las normas endilgadas

como vulneradas, en el caso concreto se tipificó como una conducta susceptible de sanciones cualquiera que limitara el derecho de petición (cuando no se brinda atención ágil en integral), lo que sí había tenido relación directa con la imputación fáctica que se le formuló a ETB.

Así, pues, dentro de la demanda planteábamos los siguientes cuatro puntos fundamentales que hacen parte de estos dos cargos, y lo dicho por la sentencia de primera instancia no resolvió de manera precisa y adecuada estos reproches, por las razones que se explicarán luego de enunciarlos:

Primero: Las normas que hacen parte de la imputación jurídica fueron formuladas de una manera vaga e imprecisa, pues la demandada confundió las normas transgredidas con la norma contentiva de la infracción supuestamente cometida por ETB.

En efecto, la norma transgredida según el pliego de cargos (artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011), menciona que en desarrollo de los derechos de los usuarios los proveedores deben cumplir con cierto contenido mínimo al responder sus PQR's, y esta norma en la formulación de la imputación jurídica no podía asimilarse a la infracción prevista en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, sin embargo, justamente dicha infracción fue asimilada como norma también transgredida al incluirse todas ellas en la imputación jurídica sin una secuencia lógica, donde la norma transgredida requería ser integrada a la contentiva de la infracción y no, como efecto se hizo, formulando la imputación jurídica sin un orden cabal donde la transgresión se precisara, para luego arribar a la infracción cometida por virtud de esa transgresión normativa.

Segundo: La conducta endilgada dentro de la imputación fáctica no se enmarca en la norma supuestamente infringida, pues ella no señala expresamente que la respuesta a una petición deba ser consecuente con las pretensiones de la PQR, sino que se refiere a un contenido mínimo de las decisiones; en efecto, así describe la mencionada imputación fáctica el supuesto de hecho reprochado a ETB cuando se refiere a la *"Presunta no atención de la PQR del <sic> la petición del 14 de julio 2016 radicada bajo 4347160002799348, por cuanto dentro de la documentación allegada no se encuentra que i) la respuesta haya sido consecuente con la(s) pretensión(es) de la PQR."*, lo que no tiene nada que ver con la forma y contenido que deben tener las respuestas, precisados dentro del artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Tercero: Dentro del pliego de cargos la imputación jurídica formulada fue la presunta violación de lo establecido en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como el artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011; no obstante, al proferirse la Resolución sancionatoria No. 52213 del 30 de agosto de 2017, se añadió que la investigación administrativa estaba orientada a establecer si ETB había transgredido lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en consecuencia, el numeral 12 del artículo 64 de la misma Ley, así como el artículo 49 de la Resolución 3066 de 2011.

Es pues, evidente, que existió una incongruencia entre cómo se formuló expresamente la imputación jurídica en el pliego de cargos, pues no incluyó la posible vulneración del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, mientras que la Resolución sancionatoria señaló expresamente que estaba orientada a revisar si se había transgredido dicho artículo.

Cuarto: El presupuesto fáctico formulado en el pliego de cargos y al que se arribó para tomar la decisión sancionatoria, fueron diferentes, pues a entero criterio de la SIC el reproche inicial fue no emitir una respuesta consecuente con las pretensiones, mientras que el que dio lugar a la decisión sancionatoria se refirió a no haber dado una respuesta de fondo, clara, precisa, congruente y de manera oportuna.

Este cargo fue formulado dentro de la demanda, particularmente para agregar a los yerros relacionados con la tipicidad, el hecho de que dentro del pliego de cargos se adujo como imputación fáctica la *"Presunta no atención de la PQR del <sic> la petición del 14 de julio 2016 radicada bajo 4347160002799348, por cuanto dentro de la documentación allegada **no se encuentra que i) la respuesta haya sido consecuente** con la(s) pretensión(es) de la PQR."*¹, mientras que, en la Resolución sancionatoria, el fundamento de la sanción se formuló en los siguientes términos:

*"(...) este Despacho estableció que la sociedad investigada transgredió lo establecido en el artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011, pues como quedó establecido, **omitió dar respuesta de fondo a las pretensiones de la usuaria contenidas en el escrito de queja del 14 de julio de 2016, radicado bajo el CUN: 4347-16-0002799348.**"* (Resaltados fuera del texto original).

Se señaló entonces que, el hecho de la falta de una emisión de una respuesta consecuente con las pretensiones, según el vocablo "consecuente", permitía deducir que dicha respuesta no había estado en concordancia con lo formulado, pues significaba ese vocablo "que sigue a algo anterior o se deduce de ello"; mientras que el reproche de falta de respuesta de fondo y de manera oportuna comprendía que la respuesta había sido incompleta, y precisamente la SIC concluyó que ETB habría respondido sólo 5 de las 7 pretensiones que habían sido formuladas.

Así, es conveniente insistir como primera medida en que, a todas luces, la SIC no fue clara en el planteamiento de la imputación jurídica, como quiera que no realizó una distinción entre la norma contentiva de la obligación en cabeza de ETB cuya vulneración se endilgó², y aquella que establecía la supuesta infracción probada, es decir, el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009. Este reproche se refirió entonces, a la coherencia en la formulación del cargo, cuando de la autoridad administrativa se exige, por los principios de legalidad y tipicidad, una enunciación inequívoca de la imputación que conduzca a la irrefutable determinación de las normas que se están endilgando,

¹ Resaltados fuera del texto original.

² Es decir, el artículo 49 de la Resolución CRC 3066 de 2011, que habla de contenido mínimo de las decisiones de los proveedores ante las PQR's formuladas por los usuarios.

07-07.7-F-020-v.7

"Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**".

lo que no puede dar cabida a interpretaciones de ninguna índole, sino que tiene que ser diáfano, en una secuencia que para efectos prácticos redunde en el cabal entendimiento de lo atribuido como vulneración, y la infracción que de ello se deriva.

La sentencia de primera instancia, erróneamente afirmó respecto de los argumentos de defensa de ETB, que la empresa había partido de un entendimiento equivocado que le hacía pasar por alto que la calificación de la conducta presuntamente infractora y su adecuación a la norma se daban en el acto administrativo que decidía la investigación y no en la formulación de cargos; sin embargo, no ha sido producto de una equivocación de ETB el señalar este yerro particularmente en referencia al primer punto del cargo, pues si bien al decidirse la investigación administrativa se califica la adecuación de la conducta a la norma, no es menos cierto que, para que ese ejercicio pueda hacerse, desde el momento de la formulación de cargos debe haber ese inequívoco conocimiento de los hechos endilgados y las normas cuya vulneración se estudiará, seguidas de la infracción que ello comportaría, pues de otro modo el derecho de defensa no se puede ejercer a cabalidad, pues no ha existido el sustrato mínimo de la legalidad y la tipicidad para que se entienda dentro de qué parámetros se está desarrollando ese derecho de defensa.

El mismo razonamiento se predica del segundo reproche respecto de que la imputación fáctica no se enmarcó en la norma supuestamente infringida, al no señalar ésta que la respuesta a una petición debe ser consecuente con las pretensiones de la PQR, sino al referirse solamente a un contenido mínimo de las decisiones; al respecto, es claro que según el principio de tipicidad, el hecho reprochado cuya comisión se va a probar a lo largo del trámite administrativo debe ajustarse de manera específica, al momento de la decisión, a las normas que se endilgaron como vulneradas al principio de la investigación, lo que en otras palabras, significa que el hecho debe describirse desde el principio, de manera exacta, y la calificación posterior de éste, como vulnerador de normas, se decide sobre la base de esas normas que se imputaron como presuntamente incumplidas desde el pliego de cargos. Bajo tales presupuestos, es un yerro enorme que la manera como fue formulada la imputación fáctica en el caso concreto, no se haya ajustado a las normas supuestamente vulneradas desde el principio, precisamente porque dichas normas no describían el supuesto de que las respuestas a las PQR's debían ser consecuentes con las peticiones sino sólo a un contenido mínimo de las decisiones; esto vició todo el trámite, pues era imposible que la demandada llevara a feliz término una investigación donde justamente desde el principio no hubo subsunción típica de la conducta.

De tal manera, al final de la investigación administrativa no es posible endilgar nuevos hechos, y tampoco nuevas normas, pues justamente la decisión se circunscribirá a determinar si lo que se había propuesto en el pliego de cargos sí tuvo lugar, y por cuenta de ello sí se vulneraron las normas que ese pliego de cargos mencionó como las posibles transgresiones. Obsérvese entonces cómo no puede tenerse por irrelevante cualquier reproche que se le formule a la apertura de la investigación administrativa, pues es el marco de estudio de la autoridad administrativa. Precisamente, en aras de los principios de legalidad y de tipicidad, al final del trámite debía arribarse a la conclusión de que el comportamiento endilgado a ETB se había ajustado de manera precisa a las normas que con absoluta claridad y correspondencia debieron atribuírsele como vulneradas desde el inicio de la

investigación, realizando el debido ejercicio de la subsunción típica. La siguiente jurisprudencia se refiere a lo que mencionamos:

"PRINCIPIO DE TIPICIDAD – Relación con el principio de legalidad / TIPICIDAD – Imposibilidad de aplicar a una conducta sino esta relacionada con los tipos legales / CONDUCTA TIPICA – Adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad / AUSENCIA DE TIPICIDAD – La conducta no se asemeja a algún tipo punitivo preestablecido / PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD – Debido proceso

Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos, es en donde opera el principio de tipicidad. Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales. Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. La ausencia de tipicidad puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente.³ (Subrayas fuera del texto original).

En los términos de esta jurisprudencia, que es acorde con lo que viene de ser analizado en los párrafos anteriores a ella, surge el reproche tercero con toda claridad, en la medida en que sí hubo una incongruencia entre cómo se formuló expresamente la imputación jurídica en el pliego de cargos -pues no incluyó la posible vulneración del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009-, mientras que la Resolución sancionatoria señaló expresamente que estaba orientada a revisar si se había transgredido dicho artículo 54; en efecto, esto no fue estudiado por la sentencia de primera instancia de manera particular, debiendo hacerlo, pues no se puede exigir del administrado que derive de un pliego de cargos una norma vulnerada que expresamente, en la formulación de las imputaciones, no fue mencionada, y que después la misma sea señalada como una de las

³ Sentencia 00103 de 2012 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá 16 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09).
07-07.7-F-020-v.7

"Una vez impreso este documento, se considerará documento no controlado".

vulneradas en la decisión sancionatoria, y que, al resolver, precisamente el juez pase completamente por alto este yerro.

Como consecuencia de todo lo anterior, el resultado de toda la formulación de cargos fue el adelantamiento de una investigación administrativa que erró en sus presupuestos fundamentales relacionados con la tipicidad y el principio de legalidad, lo que de suyo se constituyó en un yerro insalvable que afectó la decisión sancionatoria; esas razones para que ello fuera así, se pueden resumir de la siguiente manera, tal y como ya las habíamos mencionado en nuestros alegatos de conclusión de primera instancia:

- A) El pliego de cargos mencionó unas normas supuestamente vulneradas sin que se evidenciara su identidad y/o relación con la imputación fáctica (falta de subsunción típica de lo fáctico dentro de lo normativo, pues esto último no señalaba expresamente que la respuesta a una petición debía ser consecuente con las pretensiones de la PQR, sino que se refería a un contenido mínimo de las decisiones, lo que no permitía esa identidad o subsunción).
- B) El pliego de cargos no arribó de manera congruente y sistemática a la infracción después de haber mencionado con claridad la vulneración endilgada, con lo que se echó de menos un orden que le diera coherencia y secuencia a la imputación.
- C) Se llegó a una decisión sancionatoria que agregó un supuesto normativo que no había sido incluido de manera expresa dentro de la imputación jurídica, faltando así al principio de congruencia, y, por ende, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de ETB, es decir, al proferirse la Resolución sancionatoria No. 52213 del 30 de agosto de 2017, se añadió que la investigación administrativa estaba orientada a establecer si ETB había transgredido lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, cuando en el pliego de cargos ese artículo no se había incluido de manera expresa en la imputación jurídica. Téngase en cuenta que la mencionada norma es la que prevé expresamente la figura del silencio administrativo positivo -no así el artículo 49 de la Resolución 3066 de 2011 también imputado, que sólo se refiere al contenido de las decisiones-, por lo que, en la medida en que ETB fue precisamente sancionada por esa figura del silencio administrativo positivo, no existió realmente el sustento normativo para la imposición de esa sanción.
- D) Y, para concluir, y como ya se había enunciado líneas atrás, el presupuesto fáctico formulado en el pliego de cargos, y al que se arribó para tomar la decisión sancionatoria, fueron diferentes, pues a entero criterio de la SIC el reproche inicial fue no emitir una respuesta consecuente con las pretensiones, mientras que el que dio lugar a la decisión sancionatoria se refirió a no haber dado una respuesta de fondo, clara, precisa, congruente y de manera oportuna.

Respecto de este último punto, es claro que también tiene que ver con los principios de tipicidad y de legalidad, pues no es lo mismo el hecho de la falta de emisión de una respuesta consecuente con las pretensiones -que hace referencia a que dicha respuesta supuestamente no estuvo en concordancia con lo formulado por la usuaria-, que la falta de respuesta de fondo y de manera oportuna, pues ello comprende el entendimiento de que la respuesta, supuestamente, fue

incompleta -frente a lo cual la SIC, justamente, precisó que ETB habría respondido sólo 5 de las 7 pretensiones que habían sido formulada-; estos dos supuestos de hecho difieren de manera lógica el uno del otro, con lo que realmente se echa de menos que en su secuencia la actuación administrativa haya respetado el hilo conductor que regía de principio a fin el aspecto fáctico de la investigación, pues el trámite inició con el primer supuesto, para arribar al segundo, cambiando completamente el sentido con el que se abrió el trámite administrativo.

Así pues, si se vuelve nuevamente sobre lo citado más arriba en cuanto al análisis de la sentencia de primera instancia, extraña a ETB que, aunque se formularon estos puntos específicos uno a uno en la demanda, y fueron precisados aún más en los alegatos de conclusión, no se haya referido dicha sentencia, precisamente, uno a uno a ellos, para dirimir sobre los yerros que tan claramente describimos, con lo que este recurso de apelación está dirigido a solicitar de manera muy respetuosa que el ad quem aborde cada punto en particular, del modo como ETB los ha separado para efectos prácticos a lo largo de la defensa de primera instancia.

Además, como consecuencia de todo lo anterior, de manera concluyente, se observa que tanto la Resolución del pliego de cargos, así como la sancionatoria y las demás que le siguieron hasta la culminación del trámite administrativo, contuvieron una serie de irregularidades violatorias del principio de tipicidad y los demás que se adujeron en estos dos cargos dentro de nuestra demanda, manifestadas en los 4 yerros planteados, que necesariamente deben llevar a la declaración de nulidad tanto de esa Resolución sancionatoria como de las demás resoluciones demandadas que la dejaron en firme.

3. **Infracción de las normas, por inobservar los criterios legales para la definición de la sanción y violación directa de la ley**

4. **Desconocimiento de principio de proporcionalidad de la sanción**

La sentencia de primera instancia abordó estos dos cargos de la siguiente manera:

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

(...)

*Así las cosas, encuentra el Despacho que **la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, sin que se evidencie una indebida tipificación por inobservancia de los criterios legales establecidos para definir la***

sanción ni tampoco, en principio, el desconocimiento de la proporcionalidad, ya que ésta valoró la conducta atendiendo la gravedad de la falta, la importancia de los derechos afectados y la reincidencia en los hechos sancionables.

(...) si el proveedor concede formalmente determinados beneficios como consecuencia de una petición o queja presentada por este, estos deben materializarse en la forma y oportunidad allí descritos, pues de lo contrario se atenta contra el ejercicio efectivo de los derechos de los consumidores; situación que fue precisamente lo que fundamentó los actos administrativos demandados en punto de la definición de la sanción.

(...)

De otro lado, aun cuando la demandante alega que el elemento de reincidencia no debió aplicarse por cuanto no se indicó los números de los expedientes administrativos, ni señaló la razón por la cual dichas resoluciones sancionatorias constituían un antecedente administrativo, el Juzgado debe precisar lo siguiente:

No resulta cierto lo afirmado en la demanda pues como ya quedó demostrado, en la resolución sancionatoria se identificaron las investigaciones administrativas previas donde ya se había sancionado a la entonces investigada, estas son, las resoluciones No. 35019, No. 7320 y No. 027752 de 2011, y las resoluciones No. 38810 y 56668 de 2012, mientras que en la resolución que resolvió el recurso de reposición se precisó que en estas la sanción impuesta había sido consecuencia también, de la configuración del silencio administrativo positivo. Por tanto, en los actos acusados sí se cumplió con los aspectos necesarios para establecer configurada la reincidencia como criterio para la imposición de la sanción, y ello, si la demandante lo que pretendía era desvirtuar la falta de equivalencia entre dichos antecedentes y el caso concreto, debió cumplir con la carga de la prueba que le asiste, y por ejemplo solicitar o allegar oportunamente las resoluciones en cuestión que permitieran dilucidar lo alegado por esta. (...)"

Así bien, como ya se planteó en la defensa de primera instancia, particularmente en nuestros alegatos de conclusión, aun cuando es claro a estas instancias que no debe existir una concurrencia de todos los criterios dosificadores de la sanción establecidos por el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, sí es indefectiblemente necesario que la Autoridad haga referencia suficientemente motivada a los que sí tengan incidencia en la tasación del correctivo pecuniario. Es sólo realizando este ejercicio que la SIC puede encontrar caminos específicos de atenuación, pues no sólo la agravación es tarea propia de su discernir, máxime cuando se puede evidenciar que, en su esfuerzo por encontrar sustento legal que justificara la aplicación de la sanción, sostuvo de manera etérea, vaga e imprecisa al referirse a la sanción administrativa, que ésta equivalía a 42 SMMLV.

Pareciera ya bastante repetitivo cómo la SIC procede una y otra vez a traer a colación sus habilitaciones como autoridad en la defensa de protección a los consumidores de servicios de

comunicaciones y la mera vulneración de un precepto normativo, para dar cabida a todos los posibles argumentos para aducir la aplicación de criterios de agravación de las sanciones, y aunque en efecto ese es el espíritu de su gestión, y ETB lo respeta y se atiene a cabalidad a sus dictados, pues se inspira por ellos en su operación, no es únicamente ese discurso el que debería prevalecer en todos los asuntos, pues está de por medio la imposición de una responsabilidad pecuniaria de gran envergadura al cada vez disponer una sanción en cabeza de un administrado.

En el anterior sentido, respecto del criterio de la gravedad de la falta, insistimos como lo dijimos en nuestros alegatos de conclusión de primera instancia, en que no puede escuetamente tenerse el simple hecho constitutivo de la infracción, como al mismo tiempo el ingrediente para dosificar el monto de una sanción de manera más gravosa; en otras palabras, el hecho que da lugar a la sanción no puede al mismo tiempo ser constitutivo de su gravedad, por lo que debe motivarse debidamente el porqué de la gravedad que así ha sido atribuida. En el caso presente, las razones para aplicar este criterio se circunscribieron a que ETB habría desconocido un derecho de rango constitucional como lo es el de petición, lo que, reconociendo la importancia de ese derecho de petición de los usuarios, no desvirtúa que se trató en todo caso de una explicación general que se refirió simple y llanamente a la infracción endilgada, y bien podría utilizarse ese mismo razonamiento en todas las transgresiones a una norma, pero no es específico en cuanto a la gravedad predicable del caso concreto, habida cuenta de todas sus particularidades.

En otras palabras, la gravedad que fue aducida por la demandada dentro de la actuación administrativa no sostuvo una explicación más profunda que la sola adecuación de la conducta endilgada al tipo sancionatorio -sin perjuicio de todos los yerros que ya se mencionaron al realizar esa subsunción típica-, cuando un agravante como el de la gravedad de la falta debería tener un ingrediente superlativo con respecto a la base de la conducta reprochada, lo que no fue demostrado dentro de la actuación administrativa. La sentencia de primera instancia pasó por alto esta argumentación específica, perdiendo de vista que ante los argumentos que desarrollan los cargos que fueron propuestos de manera expresa en la demanda, como así lo pretendimos con nuestra formulación de alegatos de conclusión, el juez está llamado a pronunciarse de manera específica. Además, el análisis realizado por la SIC, no dejó claridad en cuanto a cuál sería la tasación precisa, la proporción de la sanción en consideración a tal supuesta gravedad, lo que hace aún más reprochable el yerro asociado a la falta de motivación.

En cuanto al criterio de reincidencia, recuérdese que la SIC relacionó sólo de forma sucinta la existencia de cinco resoluciones sancionatorias proferidas dentro de anteriores actuaciones administrativas decididas por esa Autoridad que señaló como prueba de la reincidencia de ETB para convalidar la utilización de este criterio para graduar hacia arriba la sanción a imponerle.

La demandada pregonó la existencia de esta supuesta reincidencia sin que se configurara y explicara debidamente la correspondencia entre esos supuestos antecedentes y la situación fáctica y jurídica que planteaba la decisión administrativa sancionatoria objeto de esta demanda, lo que no se compadece con que los sujetos procesales deben probar debida y motivadamente todo lo

que aducen a su favor, justamente como se le exige a ETB en todas sus actuaciones administrativas y procesales.

Es entonces el ejercicio indiscriminado de la potestad sancionatoria, manifestado en este reproche, lo que consideramos inadmisibles, pues no existía razón alguna para que la SIC, ante su certeza de los antecedentes citados, no explicara adecuadamente la identidad de materia que guardaban con la investigación que ocupó esta demanda. Lo que se reprocha es entonces, como primera medida, el ejercicio argumentativo que no tuvo lugar por parte de la Autoridad a quien le asiste esa obligación de manera incondicional, y no todavía el aspecto sustancial de esos antecedentes citados, que pudo o no ser pertinente, pero en todo caso no desvirtuó que la SIC no cumplió con su carga legal de motivar debidamente los actos administrativos.

Más aún, si el a quo quería convalidar que la SIC encontró el criterio de reincidencia como probado, era su obligación hacer referencia a las evidencias que le llevaron a afirmar que sí había sido probado, pero esto no es señalado por la sentencia de primera instancia.

Esa explicación debida a los administrados es lo mínimo que debe hacer la autoridad para imprimirle a su causa todo el ajuste al caso concreto, pues lo otro es la simple indicación de un espíritu facultativo que tanto los administrados como la misma SIC conocen de sobra, y que habilita a esta última para regular el comportamiento del mercado, pero no la hace rigurosa en cuanto a la aplicación de las consecuencias de su propia facultad sancionatoria al caso concreto.

Pero además de todo lo anterior, se insiste en que no pueden mencionarse esos antecedentes únicamente como meras incidencias circunstanciales al realizar el ejercicio de la dosimetría sancionatoria, señalando particularmente, como lo hizo la SIC en este caso "*(...) cabe precisar que ésta Entidad ha sancionado en reiteradas ocasiones a la sociedad investigada en la vulneración al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, dentro de las cuales se citan algunas de ellas, Resolución No. 35019, No. 7320 y No. 27752 de 2011 y, las números 38810 y 56668 de 2012.*", sin que siquiera se hiciera alusión a los números de los expedientes administrativos a que hacían referencia, mucho menos a la explicación pormenorizada de por qué constituían un antecedente administrativo de tal entidad o si eran de veras cercanos en el tiempo para que hubiera una razonable determinación de la reincidencia, como para hacer de agravantes de una sanción en contra de ETB; nótese, además, cómo la SIC se refirió a que dichas investigaciones fueron por vulneraciones al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, el cual, como ya se había precisado dentro de nuestros alegatos de primera instancia y confirmamos dentro de este recurso de apelación, no fue contenido en el pliego de cargos dentro de la imputación jurídica, lo que realmente cuestiona de manera contundente el hecho de la reincidencia, pues la identidad de materia jurídica no está ahí

Sobre lo anterior, de manera particular, queremos resaltar lo que la sentencia de primera instancia señaló respecto de que, con que se haya indicado por parte de la SIC el número de las resoluciones, y se haya precisado que eran antecedentes que también se habían referido a la configuración del silencio administrativo positivo, era suficiente para motivar la utilización de esos antecedentes para derivar reincidencia en cabeza de ETB. Y es que carece de sustento dicha conclusión, de cara a la

necesidad de que los actos administrativos sean suficientemente motivados, en tanto, se reitera, el traer a colación esos antecedentes fue un argumento utilizado por la SIC para graduar la sanción hacia arriba, de modo tal que era ella quien tenía que sustentar esto de manera suficiente, pues hacía parte de las razones para sancionar más gravosamente.

En adición, cabe resaltar una vez más, como ya se mencionó más atrás, que no era un tema para pasar por alto el hecho de que el pliego de cargos no formuló la transgresión del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 sobre el silencio administrativo positivo, y sin embargo ETB terminó siendo sancionado por cuenta de la supuesta vulneración de ese artículo, agregando a ello que las resoluciones que predicaban reincidencia en su cabeza se trataron precisamente de investigaciones que culminaron en sanción por el silencio administrativo positivo. Como ya es claro, la sentencia de primera instancia no se refirió a esto por cuenta de los primeros dos acápites de la demanda, mucho menos lo hizo al validar este yerro que viene de ser advertido que afectaba de manera directa la validez de la aplicación del criterio de reincidencia en cabeza de ETB.

Ahora bien, otro defecto que se deriva directamente de esa falta de motivación expresa de la forma como se aplicó el criterio de reincidencia, es que, todas esas investigaciones traídas a colación para el criterio de reincidencia por la Resolución sancionatoria tuvieron resoluciones sancionatorias expedidas en los años 2011 y 2012, como bien se ve en ese acápite de reincidencia de dicha resolución, mientras que ella fue expedida en el año 2017 (30 de agosto de 2017) e incluso, la confirmación de la sanción por medio de la Resolución No. 47703 de 09 de julio de 2018 que decidió el recurso de apelación, fue precisamente en ese año 2018. Entonces la SIC, en un afán por agravar las sanciones, pareciera que a como diera lugar, rebuscó unos antecedentes de alrededor de 5/6 años atrás de la expedición de la sanción que nos ocupa, para predicar reincidencia de mi representada.

Y es que, precisamente, tuvo que ir todo este tiempo atrás para derivar algún dato sobre la supuesta reincidencia que aducía en cabeza de ETB, pues de otro modo habría traído de presente antecedentes más recientes. Esta es una evaluación realizada por la SIC, por demás, desprovista de pertinencia pues los hechos que atribuyó a ETB prácticamente carecían de la actualidad suficiente para que se pudiera afirmar que la empresa estaba sistemáticamente incurriendo en las mismas violaciones que en aquel tiempo ya lejano.

Tómese por ejemplo, respecto de lo anterior, que en temas de reincidencia en otros asuntos administrativos como los de tránsito, las normas que los rigen han establecido términos específicos para hablar de la reincidencia, y es pertinente ponerlos de ejemplo, pues aunque en el derecho administrativo sancionatorio de que tratan las investigaciones como la presente, no se establece un término específico de tiempo para que una conducta pueda ser tratada como reincidente, en todo caso se puede entender que estos asuntos están regidos por un criterio de razonabilidad, que puede ser puesto a la luz de otros asuntos que sí están regulados en la materia. Así pues, se tiene el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

*"[E]l artículo 124, el cual regula la reincidencia en materia de infracciones de tránsito en general [...] el parágrafo de esta norma define la reincidencia como la comisión de más de una falta a las normas de tránsito en un lapso de seis (6) meses, lo cual significa que si una persona, en ese período de tiempo, incurre dos veces en una infracción de tránsito, la segunda constituye una reincidencia en este tipo de contravenciones. La reincidencia se considera una circunstancia agravante, pues se trata de que el infractor vuelve a cometer en un lapso de tiempo determinado, una contravención de tránsito (sin que necesariamente sea la misma de la primera, ya que la norma no lo dice), lo cual denota un comportamiento contrario al debido acatamiento y respeto de las normas de tránsito que son normas de seguridad y convivencia de la comunidad. Por tal razón, la norma dispone que en ese evento se debe aplicar una sanción severa, como es la suspensión de la licencia de conducción por un término de seis (6) meses. Es una sanción fija, no sujeta a graduación."*⁴

Es claro entonces, por virtud de lo anterior, que debe pasar un lapso de tiempo adecuado a los fines que persigue el derecho administrativo sancionatorio, para que se pueda adecuar el agravante por reincidencia, lo que no puede de ninguna manera tomarse como indefinido en el tiempo, como así pareciera que lo tomó la SIC, ajustando la reincidencia dentro de la investigación con unos antecedentes de alrededor de 6 y 5 años atrás; ese ejercicio lo que logró fue atribuir una gravedad sin límites de tiempo a la conducta de ETB, dado que, se insiste, la SIC tuvo que ir varios años atrás para derivar algún dato sobre la supuesta reincidencia que aducía en cabeza de la empresa, pues de otro modo habría traído de presente unas referencias más recientes.

En otra jurisprudencia que se verificó, relativa a un tema penal, se encontraron las siguientes conclusiones sobre la reincidencia:

"(...) 63. De lo anteriormente expuesto, se pueden identificar los siguientes rasgos identificadores de la figura de la reincidencia en general:

i) Se trata de una causal de agravación punitiva, por lo que se ubica en la determinación de la punibilidad de la conducta, más no en el estudio de la culpabilidad.

ii) No se realizan juicios sobre la personalidad del sujeto activo, sino que se basa en elementos objetivos y formales, como es la verificación de condena previa.

iii) La Constitución no prohíbe al Legislador la consagración punitiva de la figura de la reincidencia, por lo que se reconoce un amplio margen de configuración normativa en la materia, con los límites que la Carta le impone.

iv) La regulación legal de la reincidencia no desconoce el principio del non bis in ídem, porque no se realiza un nuevo juicio de responsabilidad ni de punibilidad por un hecho que

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Édgar González López, 3 de agosto de 2020, Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00126-00(2445).
07-07.7-F-020-v.7

"Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**".

ya fue objeto de sentencia judicial, pues la valoración de la misma implica un análisis punitivo que se realiza a partir del delito actual y no del anterior que ya fue juzgado.

v) No establece un régimen de responsabilidad objetiva, puesto que se trata de una circunstancia que agrava la pena impuesta, no de una situación que determina la culpabilidad, pues se reitera, no se realiza un juicio sobre la personalidad del autor. (...)'⁵

Esto es relevante en la medida en que, haciendo un símil con el derecho administrativo sancionatorio, no cabe la menor duda de que los elementos objetivos y formales de la reincidencia, así como en el derecho penal, deben verificarse de manera previa, y aunque no se realiza un nuevo juicio de responsabilidad ni de punibilidad al realizar ese estudio, hay una carga de realizar un análisis punitivo entre la conducta típica actual y la anterior que ya fue juzgada, por lo que su sola mención sin valoración alguna -como ocurrió en el caso concreto-, atenta contra los principios de defensa y del debido proceso del administrado ETB.

La sentencia de primera instancia, entonces, se quedó corta en el análisis que se formuló desde la demanda respecto de la debida motivación que debía esgrimir la SIC, volviéndolo un asunto probatorio de ETB que nada tenía que ver con la empresa, en tanto hacía parte del ejercicio que le era atribuible de manera exclusiva a aquella autoridad por ser un elemento más de lo punible que habría de radicar en cabeza de su administrado. Así, perdió de vista que (i) no había realmente una reincidencia, porque se trataba de unos antecedentes de muchos años atrás, lo que obligaba más bien a aplicar un criterio de razonabilidad sobre la extensión indefinida en el tiempo de la facultad de radicar reincidencia en un administrado, y, en todo caso, (ii), era imposible derivar dicho criterio respecto de expedientes que hacían alusión a una norma, el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 sobre el silencio administrativo positivo, que no había sido parte de la formulación de cargos contra ETB, por tanto no tenía por qué sancionársele por dicha vulneración.

Para terminar este punto, es claro que los argumentos esgrimidos hacen alusión a unos yerros que directamente vician de nulidad total los actos administrativos demandados, pues hacen referencia a una indebida motivación por parte de la autoridad al determinar el correctivo pecuniario, que lo agravó indiscriminadamente; sin perjuicio de ello, de llegarse a decidir por el ad quem que lo procedente es declarar la nulidad parcial de los actos administrativos por cuenta de estos argumentos, es de precisar que la Resolución sancionatoria no determinó cuál era la suma que correspondía al agravante aplicado por cuenta del criterio de reincidencia -lo que tampoco tuvo lugar para el caso del criterio de la gravedad de la falta-, por lo que, a falta de esta información, en todo caso una agravante siempre implica un aumento de la multa, por lo que ese monto deberá calcularse atendiendo a criterios de razonabilidad motivados, y anularse en consecuencia.

Ahora bien, también teniendo en cuenta que los anteriores criterios hacen parte del análisis de proporcionalidad entre la falta y la sanción, debe recordarse que a los administrados se les debe evaluar en lo que es tanto adverso como beneficioso para ellos, y en este sentido, se insiste en que

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2016, expediente D-10946, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 de la Ley 1453 de 2011, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
07-07.7-F-020-v.7

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

se evidencia que la demandada no explicó en momento alguno cómo llegó al monto de la sanción en uso de este criterio, y el sólo hecho de que la SIC no haya superado el límite impuesto por la normatividad para las sanciones, no es razón suficiente para sustentar debidamente por qué fue ese, y no otro el monto de la multa a imponer, de todas las posibilidades que habría debajo del tope máximo, por lo que se hace preciso que aquella, en todos los casos manifieste que, en el ejercicio de su discrecionalidad, está atendiendo a unos parámetros objetivos que se ha fijado para el desarrollo de la misma, y que ellos a su vez sean estrictamente aplicados al caso concreto.

La jurisprudencia es clara en este sentido, al catalogar la discrecionalidad de la autoridad administrativa, no como un poder absoluto, pues tiene el límite de la proporcionalidad que debe ser motivada, so pena de que se convierta en arbitrariedad. Así, se tiene el siguiente antecedente jurisprudencial para análisis:

3.7.3.1. Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal⁶, al determinar la gravedad de las faltas⁷ y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad⁸. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional 'a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición⁹.

3.7.3.2. En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma¹⁰, los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (...).¹¹

Así las cosas, es claro que existe un deber de la autoridad de atender los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, que establecen una relación entre la magnitud de la infracción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, lo que necesariamente requiere que haya un pronunciamiento de la autoridad dentro del caso concreto, para que se pueda entender el ejercicio y sea posible evidenciar, precisamente, esa proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la sanción, habiendo mediado el estudio congruente de todos los elementos de la conducta versus la infracción endilgada.

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-653 de 2001.

⁷ Sobre la potestad del legislador para determinar la gravedad de las faltas disciplinarias, ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-708 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-401 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-853 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ SENTENCIA C-721/15 MP JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

07-07.7-F-020-v.7

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

Ese estudio congruente es el que se extraña de todo esto, las motivaciones fueron escuetas y dieron lugar a yerros muy particulares que han sido descritos, que obligan a la revisión más concienzuda de los argumentos planteados por ETB en su demanda y alegatos de conclusión de primera instancia que mediante este recurso han sido más precisados, pues tienen la entidad suficiente para viciar de nulidad los actos administrativos demandados.

5. Respeto de la condena en costas prevista a cargo de ETB en la sentencia de primera instancia

La sentencia señaló lo siguiente dentro de este acápite final del fallo:

"El Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1347 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo, por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, se condenará en costas a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, dado que las pretensiones de la demanda tienen un contenido pecuniario, el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$1.239.364, equivalente al 4% de lo pretendido en la demanda y de la pretensión económica (\$30.984.114) teniendo en cuenta lo normado en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA 16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia. Así mismo, porque el Despacho advierte una gestión diligente de la apoderada de la parte demandada quien asistió a las audiencias realizadas, presentó contestación a la demanda y alegatos de conclusión, y se mostró presta a colaborar con el recaudo probatorio; pero también teniendo en cuenta la duración del proceso (casi cinco años)."

Nos separamos de esta decisión relacionada con la condena en costas y formalmente queremos que este asunto sea parte del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, como quiera que, como primera medida, al revisarse el artículo 188 de la Ley 1347 de 2011, éste señala:

"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.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal."

Así las cosas, la determinación de costas obedece lógicamente a lo probado en este sentido dentro del proceso, atendiendo a la causación o no de expensas y agencias en derecho, y en todo caso habrá lugar a este concepto ante la manifiesta carencia de fundamento legal de la demanda; a su vez, el artículo 365 del CGP, al que expresamente remite el 188 que viene de ser citado, es entonces el que plantea las reglas para decidir sobre costas, cuando estas se han encontrado procedentes.

Como lo anterior es así, el reproche que le hacemos a la condena en costas es que se refirió a que, como la sentencia es desfavorable a las pretensiones de ETB, aquella procedía, sin sustentar si se causaron realmente expensas y agencias en derecho, pues a lo sumo describió de parte de la contraparte los mínimos procesales a los que estaba obligada, y, en todo caso, no se probó que esos mínimos hubieren causado erogación alguna de su parte, siendo así de general dicho sustento, y en últimas, basándose únicamente en el criterio de ETB haber sido vencida dentro de la primera instancia; recuérdese, además, que el a quo siempre está en la obligación de expresar los fundamentos de su decisión en este sentido, tal como lo exige el numeral 8 del artículo 365 del CGP, cuando señala: *"(...) Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)"*

No se hizo entonces, precisa alusión a en qué momentos del proceso se comprobaron erogaciones del tipo expensas y agencias en derecho, y de qué manera así lo acreditaban las evidencias dentro del expediente, con lo que se desvirtúa su procedencia por carencia del sustento necesario para su declaración. El Consejo de Estado recientemente se refirió a la procedencia de costas procesales, en el siguiente sentido:

"(...) 77. Por el contrario, como el reconocimiento de las costas es un derecho subjetivo, dado el claro carácter indemnizatorio y retributivo que tienen, en ningún caso puede ser fuente de enriquecimiento sin causa, razón por la cual, su condena, es el resultado de aplicar, por parte del juez, los parámetros previamente fijados por el legislador, a efectos de establecer si hay lugar o no a su reconocimiento, con el fin de compensar el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que le implicó la causa a quien resultó victorioso. (...)"¹²

Del mismo modo, en jurisprudencia reciente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de una demanda de ETB también contra la SIC, se dijo:

"(...) 3) Finalmente, la parte demandante señala que la condena en costas desconoció los criterios previstos en el artículo 188 del CPACA (...)"

En ese orden, en los precisos términos de la norma en mención, en el asunto sub examine, hay lugar a revocar la condena en costas prevista por el a quo, por cuanto la demanda cuenta con un razonable fundamento fáctico y jurídico.

¹² Sentencia 00036 de 2019 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 6 de agosto de 2019. Magistrada Rocío Araújo Oñate.
07-07.7-F-020-v.7

En ese orden, pese a que el examen del fondo del asunto condujo a desestimar el mérito de las pretensiones, el ejercicio del derecho de acción en este caso no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa o arbitraria, ni mucho menos que la parte actora haya procedido 'con manifiesta carencia de fundamento legal' Igual suerte seguirá en esta instancia (...).¹³

Así, en los términos de la primera jurisprudencia citada, es claro que las costas procesales tienen una razón de ser manifestada en su carácter indemnizatorio y retributivo, lo que de suyo plantea un rigor en la aplicación de parámetros objetivos y evidencias muy claras dentro del expediente del proceso, para que ellas sean procedentes, y a ello se agrega que, según la segunda sentencia citada, en los términos del artículo 188 del CPACA debe encontrarse que hubo una manifiesta carencia de fundamento legal de la demanda, lo que no ocurrió en el caso concreto; así, dado que es evidente que todos los fundamentos señalados no tuvieron lugar dentro de esta demanda, ponemos a consideración del ad quem este juicio de reproche para que sea resuelto en sede de segunda instancia, con miras a que su decisión revoque la condena en costas impuesta a ETB en primera instancia.

Así las cosas, queda esbozado el presente recurso de apelación, de modo tal que se ruega a la Señora Juez entender interpuesto en tiempo el RECURSO DE APELACIÓN para ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y remitirlo para esa competencia.

II. SOLICITUD

- 1.** -REVOCAR LA SENTENCIA IMPUGNADA, y en su lugar se declare nulos los actos acusados, esto es, las resoluciones Nos. 52213 del 30 de agosto de 2017, 19944 del 21 de marzo de 2018 y 47703 del 09 de julio de 2018 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio – (Expediente SIC No. 16-222282).
- 2.** En consecuencia, de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada devolver a ETB el pago realizado de la sanción (multa) impuesta mediante los actos administrativos demandados por valor de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO CATORCE PESOS (\$30.984.114), debidamente indexado.

III. ANEXOS

Se adjuntan las 5 resoluciones sancionatorias que dieron sustento a la aplicación del criterio de reincidencia, para que el Despacho verifique su contenido referido al artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

¹³ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B, Magistrado Ponente CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN, Expediente: 11001-33-34-003-2019-00210-01.
07-07.7-F-020-v.7

“Una vez impreso este documento, se considerará **documento no controlado**”.

IV. NOTIFICACIONES

Continuamos recibiendo notificaciones en los correos electrónicos notificaciones.judiciales@etb.com.co y juliana.trujilloh@etb.com.co

De la Señora Juez, respetuosamente,



JULIANA TRUJILLO HOYOS

C.C. 52.996.649 de Bogotá D.C.

T.P. No. 164.271 del C. S. de la J.