

Señora Juez

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN PRIMERA

Referencia: Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Proceso No. **110013334003-2019-00158-00**
Demandante: **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**
Demandada: **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC-**

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 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, 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 explicarán las razones de hecho y de derecho que permiten fundar la interposición del recurso de apelación contra la sentencia parcialmente favorable a ETB emitida por su Despacho, donde cabe insistir en los siguientes argumentos fundamento de este recurso, sin perjuicio de nuestra anuencia respecto de los sustentos que llevaron a esa declaratoria de nulidad parcial:

- 1. Vulneración del debido proceso, por violación de los principios de legalidad, del principio de tipicidad por indebida imputación jurídica y fáctica y falta de motivación.**

La sentencia de primera instancia desestimó la procedencia del presente cargo, con base en varios puntos que me permito resumir a continuación:

1. El principio de legalidad se refiere a la exigencia de que la conducta que se investiga, y por la cual se impone la sanción, debe previamente existir en una norma que establezca la legalidad, o no, de la misma; la tipicidad por su parte se refiere a la descripción completa, clara e inequívoca del acto, hecho u omisión de la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.
2. Las imputaciones fáctica y jurídica fueron claras, pues se advirtió de manera diáfana cuáles fueron las disposiciones infringidas y las conductas con las cuales se habría producido la infracción, de modo tal que ETB tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.
3. Precisamente, de la interpretación sistemática de las normas que se citaron, se tipifica como una conducta susceptible de sanciones no dar curso a la solicitud de terminación del contrato presentada por la usuaria de manera adecuada.
4. Para realizar la imputación jurídica no se exige que las disposiciones normativas que se estiman infringidas incluyan la consecuencia jurídica por su infracción, debido a que en el caso concreto es otra la disposición normativa que establece dichas sanciones, el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Una vez planteados estos puntos generales, es necesario aclarar que las argumentaciones formulados en la demanda continúan estando presentes, en cuanto, precisamente, la forma en la que se enunció la imputación **no trazó de manera clara e inequívoca** cuál era el juicio de reproche formulado contra ETB, lo que justamente atentó contra el principio de tipicidad; del mismo modo, es claro para esta defensa que al no ocurrir lo anterior, por imposibilidad de materia no se aplicó de manera adecuada el principio de legalidad, pues ante dicha forma ilógica en la que se planteó la imputación las normas endilgadas a ETB no se adecuaron a los hechos reprochados.

En efecto, se precisó tanto en la demanda como en nuestros alegatos de conclusión de primera instancia, que las normas que la SIC imputó como transgredidas, correspondieron a un compendio de derechos de los usuarios y de deberes de los proveedores respecto de la atención integral de las PQR's y solicitudes de terminación de los contratos, que en la formulación de la imputación jurídica no podían 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 las normas transgredidas requerían ser integradas a la contentiva de la infracción, y no, como efecto se hizo, formulando la imputación jurídica sin un orden cabal donde las transgresiones se precisaran, para luego arribar a la infracción cometida por virtud de esas transgresiones normativas.

Justamente la imputación, señaló que ETB:

"(...) presuntamente habría trasgredido lo establecido en el artículo 53 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como lo establecido en el literal h) del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 66 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es

necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 e impartir la orden administrativa correspondiente.”

Así pues, el orden en que se formuló la imputación fue un maremágnum de normas donde justamente se incluyó la supuesta infracción como una norma vulnerada, cuando en realidad no lo era, haciendo así confusa e ilógica la formulación de la imputación jurídica. Obsérvese que la sentencia de primera instancia se refirió a esto, señalando que la SIC se había referido de manera diáfana a las disposiciones infringidas y las conductas con las cuales se habría producido la infracción, de modo tal que ETB tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, sin embargo, nuestro reproche no se circunscribió a que la empresa no habría tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, pues sí la tuvo ya que se surtieron todas las etapas procesales, sino que advertimos que la formulación realizada hizo confuso el entendimiento de las normas infringidas y la infracción que por esas vulneraciones se generaba, de modo tal que se vio afectado el principio de legalidad dentro de la investigación administrativa de una manera que la sentencia de primera instancia no advirtió, pues además no se refirió a estos argumentos en manera alguna.

Por otra parte, dentro de la demanda también se esgrimió que la conducta endilgada dentro de la imputación fáctica no se enmarcó en las normas supuestamente infringidas, pues ninguna de ellas señaló expresamente el incumplimiento de decisiones empresariales de carácter particular y concreto como la que se derivó de la solicitud de terminación del contrato por parte de la usuaria, como así describe la mencionada imputación fáctica el supuesto de hecho reprochado a ETB cuando se refiere a la *"Presunta omisión del proveedor al deber de dar por terminado el contrato y adoptar las medidas tendientes a finiquitar de manera oportuna y definitiva el vínculo contractual entre las partes, conforme a la solicitud presentada por el usuario en el mes de febrero de 2015"*.

A este asunto particular tampoco la sentencia de primera instancia se refirió, pues se limitó a mencionar que de la interpretación sistemática de las normas que se citaron, se tipifica como una conducta susceptible de sanciones no dar curso a la solicitud de terminación del contrato presentada por la usuaria de manera adecuada, desconociendo así que no se debía realizar un ejercicio de interpretación sistemática de las normas citadas por la imputación, sino que en aras de los principios de legalidad y de tipicidad, los comportamientos endilgados a ETB debían ajustarse de manera precisa a las normas que se le estaban atribuyendo como vulneradas. Precisamente, 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.”¹

Entonces, una vez más, tal como fue planteado dentro de la demanda y nuestros alegatos de conclusión de primera instancia, al traerse a colación normas que correspondieron a un compendio de derechos de los usuarios y de deberes de los proveedores respecto de la atención integral de las PQR's y solicitudes de terminación de los contratos, sin que en ellas se advirtiera una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas de la supuesta conducta de ETB, determinantes de su ilicitud, y por ende, de su imputabilidad, no podía hacerse una interpretación extensiva, analógica o inductiva como lo señaló la sentencia de primera instancia al referirse a una interpretación sistemática de las normas a endilgarle a ETB, sino que ellas debían adecuarse al supuesto del incumplimiento de decisiones empresariales de carácter particular y concreto como la que se derivó de la solicitud de terminación del contrato por parte de la usuaria, lo cual no ocurrió, ni pudo ser desvirtuado por la SIC dentro de la investigación, ni tampoco fue tocado por el a quo en su sentencia.

Así, considerando los dos anteriores puntos, se puede concluir nuevamente que la SIC no fue clara en el planteamiento de la imputación jurídica, como quiera que no realizó una distinción entre las normas que planteaban los derechos, deberes y obligaciones cuya infracción se endilgó², y aquella que establecía la supuesta infracción probada, es decir, el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009; al mismo tiempo, los supuestos de hecho de la imputación fáctica no se encuentran comprendidos dentro de esas normas supuestamente infringidas, por lo que, considerado todo lo anterior, el resultado de toda la formulación de cargos fue, tal y como fue concluido dentro de

¹ 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).

² Es decir, el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 (que señala los derechos mínimos de los usuarios, aunque la imputación no se refirió expresamente a cuáles de esos derechos habrían sido vulnerados), y el literal h del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 66 de la Resolución CRC 3066 de 2011 (que hablan deber de ETB de recibir, atender, tramitar y responder las PQR's presentadas a través de los medios establecidos para el efecto, y de los requisitos para el proveedor para la terminación del contrato, respectivamente).

07-07.7-F-020-v.7

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

nuestros alegatos de conclusión de primera instancia: **1)** la mención de una relación de normas sin que se evidenciara su identidad y/o relación con la imputación fáctica (falta de subsunción típica de lo fáctico dentro de lo normativo), y **2)** sin arribar de manera congruente y sistemática a la infracción después de haber mencionado con claridad las vulneraciones endilgadas, con lo que se echó de menos un orden que le diera coherencia y secuencia a la imputación. Lo anterior, además, llevó a que el tipo sancionatorio en blanco del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 no pudiera ser soportado por las normas que se indicaron como vulneradas, precisamente porque ellas no fueron contentivas del supuesto fáctico endilgado a ETB, como ampliamente lo hemos señalado.

Insistimos en nuestro argumento planteado en primera instancia referente a que, en el derecho administrativo sancionatorio, al igual que en el derecho penal, el principio de legalidad comporta la necesidad de que haya absoluta claridad para el administrado en cuanto a que su actuar o sus omisiones pueden llegar a ser objeto de sanción, razón por la cual, en actuaciones administrativas como la que ocupa esta demanda donde hoy apelamos, es un desarrollo necesario de ese principio de legalidad que el pliego de cargos y los actos administrativos que le siguen hasta la culminación del trámite con la confirmación de la sanción, sean absolutamente claros y no den lugar a abstracciones o confusiones objetivas. Así pues, todas las razones esbozadas dentro del trámite de primera instancia, a la luz de estas precisiones, afectaron la actuación administrativa desde la formulación de cargos, impidiendo la debida defensa de ETB, quien la ejerció sustentándose en esa serie de confusas formulaciones que terminaron siendo la imputación jurídica, las cuales pretendían referirse a las conductas endilgadas, pero no las reflejaron de manera precisa.

Dijimos también dentro de nuestra defensa en primera instancia, que se echó de menos la congruencia entre los hechos reprochados, las normas que contenían las transgresiones endilgadas mediante esos hechos, y la infracción típica y debidamente identificada que tenía lugar por conducto de esos supuestos de hecho reprochados, de una manera sistemática y coherente que le diera sentido y claridad a la imputación. Si bien es cierto que el derecho administrativo sancionador no comprende los rigores exactos del derecho penal en cuanto a la tipicidad, y por tal razón se puede hacer uso de tipos en blanco como el del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, no es menos cierto que en todo caso se deben cumplir los siguientes presupuestos:

"Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la 'exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.'³

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

³ Sentencia C- 827 de 2001.
07-07.7-F-020-v.7

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

(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;

(iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción; (...)"⁴

Considerábamos entonces que, a la luz de lo anterior, el presupuesto que exige que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, en este caso por virtud de un tipo en blanco determinable mediante la aplicación de otras normas jurídicas, no tuvo lugar en este caso en concreto, pues si bien se plantearon unas normas jurídicas, las mismas no se ajustaron a la conducta señalada como infractora, haciendo imposible la determinación de la infracción cometida, pues el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, se insiste, requería para su aplicación ser complementado por las normas vulneradas por el comportamiento típico de ETB, que no tuvo lugar por esa falta de su correspondencia con dichas normas.

En tal sentido, es preciso recordar que el a quo señaló que el actuar de la SIC en la formulación de la imputación fue diáfano, pues se advirtió de manera clara cuáles fueron las disposiciones infringidas y las conductas con las cuales se habría producido la infracción; no obstante, por ningún lado de sus explicaciones, aquel tocó los argumentos de ETB para que así pudiéramos evidenciar que su afirmación fue fundamentada, por lo que insistimos en que el acto de formulación de cargos se profirió de manera confusa, y, por ende, irregular, pues fue carente de los presupuestos mínimos que vienen de ser citados líneas atrás, para que el principio de tipicidad se cumpliera con el rigor que es propio del derecho administrativo sancionatorio.

Como consecuencia de todo lo anterior, tanto la Resolución del pliego de cargos, como la sancionatoria y las demás que le siguieron hasta la culminación del trámite administrativo, contuvieron de manera clara la serie de irregularidades violatorias del principio de tipicidad y los demás que se adujeron en este cargo dentro de nuestra demanda, que necesariamente deben llevar a la declaración de nulidad tanto de esa Resolución sancionatoria como de las demás resoluciones demandadas que confirmaron su firmeza.

2. Indebida imputación fáctica por inexistencia de la situación fáctica objeto de investigación que conduce a la indebida imputación jurídica.

Dentro de su disertación en referencia a este cargo, el a quo llegó al a la conclusión de que declarar la nulidad parcial de los actos administrativos, en el siguiente sentido:

"(...) el Juzgado encuentra que la motivación dada al acto administrativo es cierta en lo concerniente a la falta de oportunidad en la suspensión del servicio y la inadecuada atención de la solicitud; pero imprecisa en cuanto a la facturación de los períodos siguientes a marzo

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-343 de 2006.
07-07.7-F-020-v.7

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

de 2015, porque si bien las facturas fueron expedidas a continuación de la fecha de cancelación, esto se hizo con fundamento en valores causados para el período de marzo de 2015 en el que procedía la suspensión y podía facturarse el consumo.

Lo anterior, al margen del ajuste y anulación de la deuda realizada por la ETB en consideración de que el último período facturable era febrero de 2015. Esto porque a pesar de esa conclusión, en aplicación de lo establecido en el artículo 66 de la Resolución No. 3066 de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, modificada por la Resolución 4625 de 2014, el último período facturable era marzo de 2015.

De acuerdo con lo expuesto, el cargo prospera parcialmente, porque la conducta de la ETB sigue representando una trasgresión a lo dispuesto artículo 66 de la Resolución CRC 3066 de 2011, por falta de oportunidad en la suspensión del servicio y la omisión al deber de atender y resolver de manera integral, oportuna, expedita y sustentada y, por ende, de manera efectiva la solicitud presentada por la usuaria el 26 de febrero de 2015, encaminada a dar por terminado el contrato.

(...)

En suma, hay lugar a declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, por el cargo de por <sic> indebida imputación fáctica por inexistencia de la situación fáctica objeto de investigación, (...)

(...) la valoración de los hechos correspondientes a la facturación no atiende totalmente y de manera precisa a lo probado en la actuación administrativa. Según lo demostrado, el último período facturado fue marzo de 2015 y las facturas emitidas hasta agosto de 2015 incluían únicamente el valor de ese período y no de períodos posteriores, por lo que se evidencia una falsa motivación parcial del acto administrativo demandado, en el que se afirmó que la ETB facturó períodos posteriores a marzo de 2015.

Por consiguiente, la nulidad parcial tiene efectos en el monto de la sanción impuesta, (...)"

Así pues, es claro que el a quo analizó el tema probatorio, encontrando que ETB no facturó cargos por meses posteriores a marzo de 2015, y que las facturas expedidas hasta agosto de 2015 correspondieron a los cargos no pagados por ese mes de marzo de 2015. No obstante, llegó también a la conclusión de que la solicitud de terminación no se había cumplido según lo establecido por la regulación, de modo tal que la SIC sí había tenido razón parcial para sancionar por esta circunstancia en particular.

A pesar de que nos encontramos de acuerdo con la conclusión probatoria a la que arribó la sentencia de primera instancia, y, por ende, con la decisión de nulidad referente a lo probado a favor de ETB, no es menos cierto que consideramos que la sola nulidad parcial no se compadece con la magnitud

de la realidad advertida por el a quo. Para sustentar esto, es preciso señalar lo que se dijo en la imputación fáctica:

*"Presunta **omisión** del proveedor al deber de dar por terminado el contrato y adoptar las medidas tendientes a finiquitar de manera oportuna y definitiva el vínculo contractual entre las partes, conforme a la solicitud presentada por el usuario en el mes de febrero de 2015".*
(Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Esta formulación se refirió a la "omisión" de dar por terminado el contrato con todo lo que ello implicaba (incumplimiento de una decisión empresarial de carácter particular y concreto como la que se derivó de esa solicitud de terminación del contrato por parte de la usuaria), lo que de suyo establecía los márgenes de lo que debía estudiarse dentro de la investigación, que era precisamente el haber omitido definitivamente dar por terminado el contrato con todo lo que ello implicaba, particularmente que no se facturaran más meses posteriores a aquel en que debió terminarse el contrato.

Como es claro, la conclusión tanto de la SIC como del a quo, es que el contrato sí se dio por terminado, sólo que no dentro de los tiempos establecidos por la regulación; sin embargo, el hecho de que, aun cuando se afirmó dicha falencia, haya sido claro que en momento alguno ETB realizó facturación por períodos posteriores a la debida terminación -e incluso hizo ajustes por el mes de febrero que sí podía cobrar-, deja algo en claro, y es que justamente no hubo una omisión como lo plantea de manera taxativa la imputación fáctica, sino una aplicación tardía del trámite, que en todo caso no produjo un incumplimiento de las medidas tendientes a finiquitar el vínculo contractual, particularmente las que tenían que ver con los cobros en facturación.

Formulada la imputación en los términos señalados, el yerro que observamos en la decisión de nulidad parcial y no total, es que, como primera medida, no se ajustó la supuesta conducta de omisión de dar por terminado al contrato, a lo probado, pues no hubo una omisión -y así lo demuestra el acervo probatorio y la conclusión a la que llegó tanto la SIC como el a quo-, mucho menos se demostró que ETB habría incumplido aplicar todos los trámites correspondientes a la terminación, pues en cambio se demostró que en momento alguno ETB facturó por períodos adicionales a aquel en que debía terminarse el servicio, y así lo concluyó la sentencia de primera instancia.

Debe entonces tenerse en cuenta que, contrario a lo que se pudo concluir por el a quo, se pudo constatar que el trámite sí se aplicó -no se omitió llevarlo a cabo conforme con la solicitud de la usuaria-, y las demás obligaciones que de ello se derivaban fueron cumplidas, por lo que, en la unicidad del supuesto fáctico de la imputación, que señalaba el cumplimiento de esa solicitud y las obligaciones que de ella se derivaban, no podía entenderse que la nulidad de una parte del trámite sólo lo afectaba parcialmente, pues la nulidad predicada de una única imputación fáctica permea todo lo actuado, referente a esa única imputación.

Además, recuérdese el reproche del acápite anterior de este recurso, en el sentido de que, al no haberse ajustado lo fáctico de la imputación a las normas cuya vulneración se atribuyó, justamente no fue posible, ni derivar a qué vulneración de qué normas se refería ese supuesto fáctico, mucho menos de qué manera se había incumplido la regulación, cuando de lo probatorio se derivaba que No hubo una omisión enteramente de dar por terminado el contrato, ni tampoco que haya habido cobros posteriores al mes en que se había debido dar por terminado el contrato según la regulación.

En línea con estos argumentos, y dada la unicidad de la imputación fáctica que exigía definir si tuvieron lugar todos sus presupuestos como un único reproche, o no, sin que fuera dable que se separaran para efectos de una nulidad parcial, debemos indicar que esto tiene sustento en que, aunque el juez contencioso administrativo en Colombia tiene la facultad de dictaminar la nulidad parcial de los actos administrativos, es claro que la jurisprudencia ha definido como condición para ello que la nulidad sea de una entidad que no afecte los demás aspectos del trámite, en los siguientes sentidos⁵:

"5.1. La nulidad parcial de los actos administrativos.

Ahora bien, la nulidad de los actos administrativos también podrá ser total o parcial, será parcial cuando sólo una parte de éste se encuentra viciada de nulidad por alguna de las causales antes referidas, cuando se pueda preservar su validez aún sin la parte que se encuentra viciada y cuando habiéndose declarado la nulidad de la parte viciosa de todos modos éste debía ser expedido teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a ello.

La doctrina frente a la simple nulidad de los actos administrativos, que puede ser total o parcial de alguna de sus disposiciones, ha indicado:

'Indica el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que una de las razones para la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo es el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, declarando que el acto viola alguno de los presupuestos de su legalidad, y en consecuencia que no puede seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico. Es de advertir que en el derecho colombiano la declaratoria de nulidad del acto es de una sola clase: la de su simple nulidad. A diferencia de otros ordenamientos donde los pronunciamientos de la jurisdicción respecto de la legalidad del actor puede ser de nulidad absoluta o nulidad relativa. Esta doble clasificación tan sólo se presenta respecto de los negocios jurídicos o contratos estatales, donde la Ley 80 de 1983 establece la posibilidad de que estos actos administrativos de carácter bilateral o negocios del Estado sean objeto de pronunciamiento respecto de nulidades absolutas o

⁵ Sentencia del Consejo de Estado de 2015 Julio 29 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección "C" Rad.: 250002326000200900030 01 (40.271). Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., veintinueve de julio dos mil quince.
07-07.7-F-020-v.7

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

relativas. Para el caso específico de los actos administrativos nuestro sistema tan sólo permite pronunciamientos de simple nulidad, que pueden ser de la totalidad del acto administrativo o parcialmente de algunas de sus disposiciones. **Ahora bien se debe aclarar así mismo, que en derecho colombiano los efectos de la nulidad también deben ser analizados desde la perspectiva de las diferentes acciones que sean intentadas ante la jurisdicción contenciosa.**

(...) De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que **la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales.** Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas⁶.

Así las cosas, sí lo que se procura es preservar la validez de un acto administrativo que se encuentra parcialmente viciado pero que puede subsistir habiéndose declarado la nulidad de la parte viciosa, el juez puede proceder a declarar su nulidad parcial siempre y cuando el determinado acto pueda preservar sus elementos esenciales y conservar su fuerza ejecutoria y ejecutiva con la parte que subsiste y no ha sido declarada nula."

En los términos de la jurisprudencia citada, queremos resaltar entonces que, aun cuando el juez debe procurar preservar la validez de los actos administrativos que se encuentran viciados, no puede llegar hasta el punto de no reconocer que su potestad de decretar la nulidad parcial sobre los mismos requiere también un juicio que pondere en qué medida afecta ello la integridad de dichos actos, y a nuestro juicio ello no estuvo debidamente sustentado, por todas las razones esbozadas anteriormente.

En efecto, insistimos en que no hubo realmente una omisión por parte de ETB a dar por terminado el contrato, en tanto "omisión" requiere específicamente que se llegue a la conclusión de que el trámite no se aplicó, lo que no pasó en el caso concreto y se relaciona en el análisis probatorio realizado por la sentencia de primera instancia; se demostró que no hubo facturación adicional referente a períodos posteriores a la fecha en que debió terminarse el contrato, lo que llevó a que el a quo declarara la nulidad parcial de los actos administrativos, y, la imputación fáctica nunca estuvo subsumida en las supuestas normas señaladas como vulneradas.

Lo anterior, justamente, dejó sin peso el supuesto incumplimiento derivado de la imputación fáctica, por cuanto no podía atribuírsele a ETB el incumplimiento de las normas descritas por la imputación jurídica, por tanto ellas no se ajustaron al supuesto fáctico de dicha imputación, y en todo caso ese supuesto fáctico se refería enteramente a una "omisión" que nunca tuvo lugar, pues sí se aplicó el

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.* Universidad Externado de Colombia. 2003.

07-07.7-F-020-v.7

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

trámite y de ello da cuenta el acervo probatorio -tanto así, que no es discutido-, de manera tal que, al estar claro que además de ello tampoco hubo facturación posterior a la fecha en que se debía terminar el contrato, simple y llanamente no hubo razón alguna para que prosperara la investigación hacia una sanción, como en efecto ocurrió.

En razón a todo esto, es que, el haber encontrado el a quo que no habían existido cobros indebidos frente a la usuaria de manera posterior al período en que debieron terminarse los servicios, y al no haberse omitido darle trámite a esa solicitud de terminación -como así planteó la imputación fáctica que debía analizarse-, debió declararse la nulidad total de los actos administrativos demandados por inexistencia de la vulneración única a la que hizo referencia dicha imputación fáctica.

3. Determinación de la sanción y su monto.

Este acápite de la sentencia se refirió a la definición de la suma a restablecer a favor de ETB, lo cual no discutimos en su ejercicio, pues aminoró la definición de la gravedad de la falta en la proporción que así consideró el a quo; sin embargo, también se refirió a lo señalado dentro de nuestra demanda respecto de los demás criterios dosificadores de la sanción, en donde se destaca la reincidencia, por lo que se hará referencia a ello luego de citar lo señalado al respecto por la sentencia de primera instancia:

"(...) El Despacho considera que los actos administrativos se motivaron adecuadamente en cuanto a los criterios para establecer el monto de la sanción.

(...)

*Sobre el criterio de reincidencia, aunque la demandante alega que no se señalaron de manera concreta las investigaciones administrativas con fundamento en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio considera que la ETB ha reincidido en la conducta infractora del régimen (...), en los actos administrativos demandados se enunciaron los datos de la individualización de las investigaciones. Por su parte, **la parte demandante no aportó medio de convicción que permitiera desvirtuar la reincidencia en la comisión de este tipo de infracciones en dichas actuaciones administrativas, pese a que podía obtener los detalles de cada uno de estos casos, a partir de sus números de radicado.***

*Tampoco queda desvirtuado el criterio de reincidencia a partir de la fecha en que fueron realizadas las investigaciones, puesto que, para este caso, **los hechos ocurrieron en el año 2015, de manera que existe una cercanía temporal con las investigaciones que hayan podido adelantarse en los años 2013 y 2014.***

De acuerdo con lo expuesto, el Despacho considera suficiente la motivación de la dosimetría de la sanción con los criterios de gravedad de la falta y reincidencia, debido a que este

<sic> **fueron los que la entidad encontró probados.**” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así bien, el primer reproche que nos suscita esta argumentación, tiene que ver con la debida motivación de los actos administrativos, obligación que es del resorte de la SIC cuando al decidir, concluye atribuirle al administrado una vulneración específica que producirá una consecuencia sancionatoria; en el caso de la aplicación del criterio de reincidencia, encontramos errado que el a quo haya señalado que le correspondía a ETB aportar los medios de convicción que permitieran desvirtuar la reincidencia en la comisión de las infracciones que le fueron atribuidas, pues el argumento había sido aducido por la SIC para agravar una sanción, y no por ETB para esgrimir su defensa, luego la carga probatoria, argumentativa y de debida motivación le era atribuible a aquella, so pena de incurrir en falsa y falta de motivación, como fue el caso.

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 el ejercicio argumentativo que no tuvo lugar por parte de la Autoridad a quien le asiste esa obligación de manera incondicional, y no 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.

Insistimos, además, en que, si bien la sentencia de primera instancia pretendió restarle importancia a que el criterio de reincidencia trajo a la luz antecedentes de muy vieja data para que pudieran demostrar justamente esa reincidencia, su análisis fue en extremo escueto frente al análisis que realizamos, pues efectivamente la SIC trajo a colación unos expedientes de muy vieja data para aplicar por conducto de ellos el criterio de reincidencia.

Todos esos expedientes tuvieron resoluciones sancionatorias expedidas en el año 2015 (la del expediente 13-24109 fue del 30 de octubre de 2015, la del 14-221473 fue del 29 de septiembre de 2015 y la del 14-232163 fue del 28 de diciembre de 2015), mientras que la Resolución sancionatoria de la investigación administrativa que ocupó nuestra demanda fue expedida en el año 2018 e incluso, la confirmación de la sanción por medio de la Resolución No. 1428 de 28 de enero de 2019 que decidió el recurso de apelación, fue precisamente en ese año 2019. Se insiste entonces en que la SIC, en un afán por agravar las sanciones, pareciera que a como diera lugar, rebuscó unos antecedentes de más o menos 3 años atrás de la expedición de la sanción que nos ocupa, para predicar reincidencia de mi representada.

Se entiende pues, para mayor claridad, que la SIC, al estudiar la aplicación del criterio de reincidencia, tuvo que ir alrededor de 3 años atrás para derivar algún dato sobre la supuesta reincidencia que aducía en cabeza de ETB, pues de otro modo habría traído de presente un antecedente más reciente. 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 párrafo 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."

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 3 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:

⁷ 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**".

"(...) 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 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. (...)"⁸

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.

Consecuencia de todo lo anterior es que, precisamente, hubo incorrecciones insalvables a partir del acto sancionatorio de la Resolución No. 8647 del 12 de febrero de 2018, y hasta finalizar la actuación administrativa, que solicitamos respetuosamente hagan parte del análisis del juez de segunda instancia para atender a las pretensiones de nulidad integral incluidas en esta demanda, de las resoluciones 8647 del 12 de febrero de 2018, 28565 del 27 de abril de 2018 y 1428 del 28 de enero de 2019.

II. SOLICITUD

1. -REVOCAR LA SENTENCIA IMPUGNADA, y en su lugar declare totalmente nulos los actos

⁸ 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**".

acusados, esto es, las resoluciones nos. 8647 del 12 de febrero de 2018, 28565 del 27 de abril de 2018 y 1428 del 28 de enero de 2019 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. En consecuencia, de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a ETB la totalidad del pago realizado de la sanción (multa) impuesta mediante los actos administrativos demandados por valor de OCHENTA Y DOS MILLONES TREINTA MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$82.030.410), debidamente indexado.

III. 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.