

Señora Juez
EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
JUZGADO 3º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
E.S.D.

Ref. Expediente: Proceso No. 11001 – 33 – 34 – 003 – 2019 – 00222 – 00
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: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 30 DE MARZO 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 S.A. E.S.P.** -en adelante ETB- según poder especial que ya reposa dentro del expediente, me dirijo ante usted con el fin de presentar Recurso de Apelación contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 dentro del proceso de la referencia -y notificada a ETB el 13 de abril de 2023 mediante 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, explicaré las razones de hecho y de derecho que me permiten fundar la interposición del recurso de apelación contra la sentencia emitida por su Despacho, reiterándome en las pretensiones de la demanda y en todos y cada uno de los argumentos contenidos en el mencionado escrito, y en concreto respecto de lo siguiente:

- 1. Infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo por desconocimiento del artículo 18 del CPACA.**
- 2. Desconocimiento de la aplicación del precedente y de la confianza legítima, buena fe y favorabilidad, y falta de motivación del acto administrativo.**

Con respecto a estos dos cargos que guardan unicidad de materia y por eso se resuelven en conjunto, para la oportunidad de nuestros alegatos de conclusión dentro del proceso en primera instancia ya habíamos traído a colación un reciente fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que avala la posición de ETB sobre el tema de la existencia, tratamiento y efectos de los desistimientos formulados dentro de investigaciones administrativas sancionatorias, y será este acápite la oportunidad para hacer un repaso por todas las razones que tan sólidamente hemos

tenido sobre el particular, para arribar al análisis de dicha sentencia que es en realidad concluyente, de cara a los razonamientos incluidos por la sentencia de primera instancia. Encontramos entonces que la sentencia C-884 de 2007¹, señaló respecto de la figura del desistimiento en materia sancionatoria:

"(...) Por regla general, los regímenes sancionatorios en Colombia se rigen por el principio de oficiosidad, en virtud del cual las autoridades a quienes se ha confiado la administración del poder sancionatorio, deben impulsar la actuación sin contar necesariamente con el concurso de los afectados por la conducta investigada. Esta concepción se enmarca dentro de los fines estatales de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, y la vigencia de un orden justo (art. 2º C.P.).

De manera excepcional, en algunos ámbitos normativos sancionatorios se acoge el principio dispositivo en virtud del cual la acción no puede iniciarse sino a instancia de la víctima o perjudicado con la infracción, y se prevé así mismo la correlativa potestad del ofendido de poner fin a la acción penal mediante la figura del desistimiento. Conforme a esta opción, en los eventos específicamente previstos en la Ley, se permite a los particulares disponer el inicio o culminación de una actuación, esto último a través de la figura del desistimiento que implica el abandono voluntario del procedimiento.

La aceptación del desistimiento con efectos extintivos de la acción constituye una decisión del legislador en materia sancionatoria que responde a valoraciones de diferente orden, tales como (i) la naturaleza y entidad de los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos en la infracción; (ii) el interés público o privado involucrado en la conducta correspondiente; (iii) la potencialidad lesiva que la conducta represente; (iv) los intereses estatales de prevención involucrados en las prohibiciones correspondientes, entre otros.

En lo que concierne <sic> a la definición de las causales de extinción de la acción penal, ha señalado la Corte que es ésta una competencia exclusiva del legislador, quien en desarrollo de su libertad de configuración de los procedimientos 'las establece previo el ejercicio de ponderación que efectúa de los fenómenos de la vida social que tipifica como delitos y del mayor o menor daño que, en su criterio, ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado social'^[35]2'.

Al examinar la constitucionalidad de algunas disposiciones penales que prevén la posibilidad de desistir respecto de ciertos hechos punibles de menor trascendencia jurídico-social (contravenciones), en relación con los cuales el legislador ha considerado innecesaria una persecución oficiosa, la Corte ha estimado que en estos eventos, cuando el particular opta por solicitar al Estado que la investigación no prosiga o que la sanción

¹ Corte Constitucional referencia: expediente D-6761. MP Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, 24 de octubre de 2007.

² Sentencia C- 1490 de 2000, (M.P., Fabio Morón Díaz).
07-07.7-F-020-v.7

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

*no se imponga, está renunciando a la protección que la ley le otorga en relación con bienes jurídicos que pueden ser objeto de un acto soberano de disposición por parte de su titular, en cuanto comprometen de manera clara un interés particular y privado.^[36]*³

Para la jurisprudencia, es la naturaleza pública o privada de los intereses que han sido objeto de amenaza o lesión, lo que determina la posibilidad de aceptar el desistimiento con efectos extintivos de la acción, o su impulso oficioso. (...)“(Subrayas fuera del texto original).

De la lectura de este aparte jurisprudencial, es claro que la Corte Constitucional señaló que la autoridad, al ser habilitada por el legislador para dar estudio a un desistimiento, debe acudir a valoraciones de diferente orden, tales como (i) la naturaleza y entidad de los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos en la infracción; (ii) el interés público o privado involucrado en la conducta correspondiente; (iii) la potencialidad lesiva que la conducta represente; (iv) los intereses estatales de prevención involucrados en las prohibiciones correspondientes, entre otros, para poder darle al desistimiento los efectos extintivos de la acción, pero no proscribire la aplicación de esos efectos como erróneamente se ha entendido en algunas decisiones de otros despachos judiciales respecto de asuntos como el que nos ocupa.

Es entonces como no se compagina con el caso presente, un entendimiento de que el artículo 18 del CPACA no es una norma que habilita a la autoridad para dar por terminada una investigación administrativa sancionatoria mediando un desistimiento, pues contrario a ello, esa misma norma es clara en establecer que la autoridad ante el desistimiento puede continuar de oficio la actuación, lo que de suyo comporta la posibilidad de que, en desarrollo de sus facultades decida terminarla, precisamente por la existencia de ese desistimiento.

En línea con lo anterior, no puede desconocerse que existen pronunciamientos del pasado donde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca entendió que los efectos del desistimiento fueron aplicables a casos concretos para dar por terminadas las actuaciones administrativas correspondientes. ETB no considera que, por virtud de la aplicación de un desistimiento, pueda entenderse que el *ius puniendi* del Estado se ve coartado por la voluntad de un particular, pues la decisión de no continuar, en este caso, con una investigación administrativa, hace parte de un ejercicio de ponderación de la autoridad de todos los elementos que ha recogido enfrentados con la decisión de desistimiento del usuario, para definir si aun estando de por medio esos variados elementos, tiene una razón de orden público para esa continuidad de la actuación, lo que no es meramente llevarse por la voluntad del quejoso.

Por eso es muy importante destacar por lo menos dos de esos fallos pasados del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde reconoció los efectos del desistimiento de la manera como lo ha venido aduciendo ETB en sus argumentos, pues el sentido ha sido en realidad completamente oportuno para darles sustento. Así, haciendo cita del proceso fallado por el Tribunal Administrativo

³ Cfr. Sentencia C- 301 de 1999.
07-07.7-F-020-v.7

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

de Cundinamarca en sentencia del 08 de octubre de 2013, en relación con el expediente 11001-33-31-004-2011-00194-01⁴, el mismo señaló en aquella oportunidad:

"Conforme lo anterior, la Sala procede a dilucidar si los efectos y alcances del desistimiento suscrito por el quejoso Daniel Reina Alean, debían ser valorados o advertidos por el ente accionado, o en su defecto, si la decisión adoptada en las decisiones atacadas, se ajusta a derecho.

Al respecto cabe acudir a lo dispuesto en el artículo 8 del Código Contencioso Administrativo, que consagra:

'Art. 8. Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, pero las autoridades podrán continuar de oficio la actuación si la consideran necesaria para el interés público; en tal caso, expedirán resolución motivada'

Es imperativo colegir de manera clara que la disposición reseñada hace precisión que en cualquier tiempo la figura descrita puede presentarse, entendiendo que tal presupuesto corresponderá al término de finalización de la actividad administrativa, esto es el agotamiento de la vía gubernativa de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del Código Contencioso Administrativo (...)

(...)

Ahora bien, es dable destacar la prerrogativa de la administración de hacer uso de la facultad oficiosa prevista en el ya citado artículo 8 del C.C.A. para dar consecución a sus potestades de investigación, lo que debe realizar bajo una resolución motivada soportada en el interés público que ostenta la protección de los derechos de los consumidores a nivel constitucional.

Conforme las disposiciones en cita, así como de las piezas procesales citadas en precedencia, esta Corporación Judicial colige que pesé <sic> a que no se valoro el primer desistimiento presentado por el quejoso el 25 de marzo de 2005, ya que este tenía inconsistencias en los números que identificaban el expediente y el pliego de cargos, la Superintendencia de Industria y Comercio, al desatar el recurso de reposición o la apelación, si debió observar el escrito radicado el 3 de julio de 2009, allegado con el recurso de reposición, ya que la actuación en sede administrativa aún no había culminado, por lo tanto se entiende que la voluntad del cliente no se limitaba hasta la expedición del acto sanción.

No cabe duda, que en virtud a que no se había finiquitado el trámite administrativo, iniciado con la queja del señor Daniel Reina Alean, la voluntad de este podía ser atendida, aún cuando ya se hubiese proferido una acto de calificación de la actuación administrativa, pues

⁴ Expediente 11001-33-31-004-2011-00194-01, Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección C en Descongestión. 8 de octubre de 2013, MP Álvaro Eloy Ayala Pérez.
07-07.7-F-020-v.7

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

solo hasta agotarse la vía gubernativa, la situación que genero el correctivo adquiere firmeza, por lo que se entiende que era procedente la aceptación de la manifestación de voluntad del quejoso, plasmada en el escrito de desistimiento adjuntado al recurso de reposición radicado el 3 de julio de 2009 (Fl. 227 Cndo ppal).

Por ende, no es de recibo en esta instancia lo señalado por la Juez de primera instancia, al considerar que las manifestaciones de voluntad del cliente, no hacían parte de los antecedentes administrativos del caso, por cuanto, es evidente que por lo menos la segunda solicitud, si fue debidamente aportada en el trámite administrativo, y valorada en el recurso de reposición y apelación, pero desechada por su extemporaneidad, lo que no implica, que no obrara dentro del expediente, como lo afirma el A-quo.

Cabe advertir que esta Sala en diversos pronunciamientos ha considerado, que el desistimiento debe valorarse inclusive hasta antes de agotarse la vía gubernativa, debido a la vigencia de las manifestaciones efectuadas al respecto se extienden hasta la finalización del procedimiento jurídico pertinente, porque mientras no haya cobrado firmeza es posible desistir de lo pedido por cuando la razón de ser de los recursos está encaminada con motivo que el ente de control que emitió el acto revise su legalidad y de advertir la existencia de algún error o causal que no propicie su continuación la administración será la encargada de enmendarlo o sanearla, según sea el caso.

Se concluye entonces que las manifestaciones efectuadas en el recurso de apelación, referidas a que era procedente aceptar el desistimiento expreso del quejoso en los términos de la Circular 007 de 2995, y del artículo 8 del C.C.A., tienen total respaldo probatorio y jurídico.

Así las cosas, se encuentra que le asiste razón al impugnante, al afirmar que no se valoró por parte del Juez A-quo, que el quejoso si había manifestado su voluntad de desistir de la actuación que adelantaba la SIC, razón por la que no había lugar a la imposición de la sanción, en obediencia al contenido de lo preceptos en cita, en consecuencia los argumentos de alzada están llamados a prosperar.

En ese orden de ideas se estima que se deben acoger las alegaciones de la parte actora toda vez, que como se expuso en precedencia el desistimiento procede en cualquier tiempo, como característica innegable inmersa del derecho administrativo sancionador que pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, hasta que quede en firme la voluntad de la administración, en razón a ello se revocará el fallo de primera instancia de 7 de junio de 2013 y en su lugar se dispondrá a declarar la nulidad de las Resoluciones que se relacionan a continuación: (...)" (Subrayas fuera del texto original).

En relación con la anterior jurisprudencia, es claro que el Honorable Tribunal ha validado, no sólo en el fallo reciente del que hablaremos más adelante, sino también en el pasado, el reconocimiento de los efectos del desistimiento, de forma tal que, dando aplicación al antiguo artículo 8 del CCA,

que hoy es el 18 del CPACA, ha señalado que es posible desistir inclusive hasta antes de agotarse la vía gubernativa pues las manifestaciones en ese sentido se extienden hasta la finalización del procedimiento jurídico pertinente, por cuanto, mientras el acto administrativo no haya cobrado firmeza, es posible desistir de lo pedido; allí entonces, el juez señaló que, dado que el quejoso había manifestado su voluntad de desistir de la actuación que adelantaba la SIC, no había lugar a la imposición de la sanción, en obediencia a los preceptos establecidos por los artículos 62, 63 y 64 del CCA sobre la firmeza de los actos administrativos, y el artículo 8 del mismo articulado, sobre la posibilidad del desistimiento.

Fue entonces cuando la decisión del juez fue la de estimar procedentes los argumentos de la demandante en este sentido, revocando el fallo de primera instancia con fundamento en todo lo precedente, posición que ETB desea poner de presente para análisis en segunda instancia, en tanto que, con la figura del desistimiento, precisamente se demuestra que la situación que podía haber sido configurativa de una infracción, se hubo conjurado en su totalidad, lo que no es otra cosa que la restauración de aquellos hechos que presuntamente habrían lesionado el ordenamiento jurídico en el caso particular.

En igual sentido se refirió también el Honorable Tribunal⁵ a los efectos del desistimiento y a la necesidad de motivar suficientemente las razones de interés público que llevan a la SIC a continuar con los trámites administrativos, en las palabras que se citan a continuación:

"(...) Las reglas en referencia, consagran dos aspectos fundamentales para la procedencia o no del desistimiento, a saber:

La primera hace referencia al tiempo en que se puede impetrar, y para determinarlo se estableció la fórmula, 'en cualquier tiempo', que a entender de la Sala, ... <sic> corresponderá como límite al que se culmina la actuación administrativa, corresponde a la conclusión del procedimiento administrativo.

A entender de la Superintendencia de Industria y Comercio, el desistimiento impetrado no es viable no solo por haberse incoado en fecha posterior a la resolución sanción, sino y también por agotarse la obligación de hacer impuesta en la referida resolución.

(...)

En este orden de ideas, no queda duda alguna a esta Corporación, que al no culminarse el procedimiento administrativo, iniciado ante la queja del señor Guillermo Adolfo San Miguel, en consecuencia, la voluntad expresa del administrado no se podía limitar a la emisión de la decisión sanción, sino al momento de su culminación, que se produce con el agotamiento de la vía gubernativa, extensión lógica y consecuente de la expresión 'en todo tiempo', comprende hasta el momento del agotamiento de la vía gubernativa, que en este caso, al

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección C en Descongestión, radicación No. 110001-33-31-002-2011-00258-01, MP Ana María Correal Ángel.
07-07.7-F-020-v.7

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

haberse interpuesto el recurso de reposición, requería de su resolución para adquirir la firmeza, de lo que se colige que era procedente la aceptación del manifestación expresa de la voluntad del usuario contenida de un desistimiento hasta el momento de resolver el recurso impetrado.

En segundo lugar, si quisiéramos entender que la administración, pretendía hacer uso de la facultad oficiosa prevista en el artículo 8 del Código Contencioso Administrativo para continuar y finiquitar el procedimiento administrativo, debió motivar la resolución expresando la situación de interés público que en ella se fundamenta, argumentación que no se aprecia en el acto administrativo de reposición que se trajo en líneas anteriores. (...)"
(Subrayas fuera del texto original).

En gracia de todo lo anterior, en el caso presente se echó de menos la carga de motivación que le permitiera establecer a la SIC por qué en el caso concreto, ante la existencia del desistimiento, cabía separarse del mismo porque la materia y los hechos concretos así lo exigían, y porque se habían visto inmersos intereses públicos, que es la única exigencia, pero muy clara, que establece el artículo 18 del CPACA para que pueda predicarse la debida motivación en la decisión de continuar con la investigación administrativa, lo que no tuvo lugar en el caso presente, como se está explicando a lo largo de este acápite.

En este punto queremos hacer referencia nuevamente, como lo hicimos en la demanda, a los términos en los cuales se presentó el desistimiento por parte de la usuaria, y cómo lo valoró la SIC, para ser un poco más claros y enfáticos en esa falta de estudio adecuado de que adoleció el asunto.

Así, la señora usuaria Luz Marina Beltrán presentó su desistimiento antes de proferirse Resolución sancionatoria dentro del trámite administrativo (desistimiento de fecha 02 de junio de 2016), en los siguientes términos:

Copia *Anexo 1* *4*

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

No. 15-155364-00008-0000

Fecha: 2016-06-02 11:48:55 Dep. 3000 DIR PROTECCO
Tib. 383 TELEFONIA FIJA Ext. 309 DENUNCIAS
Art. 330 COMUNICACIÓN Fijos: 3

Mayo 31 de 2016

Doctor:
FABIO ANDRÉS RESTREPO BERNAL
Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de
Comunicaciones
SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO
E.S.D.

Ref: Expediente No. **15-155364**
Demandante: LUZ MARINA BELTRAN SARMIENTO
Demandado: ETB S.A. ESP.

Respetado Doctor:

LUZ MARINA BELTRAN SARMIENTO, identificada como aparece al pie de
mi firma y actuando en calidad de demandante dentro del proceso de la
referencia, por medio del presente escrito manifiesto que DESISTO de la
demanda incoada contra ETB S.A. ESP, según el proceso anteriormente
referenciado.

NOTA: El pasado 20 de abril de 2015 solicito el retiro definitivo de los
servicios asociados a la línea 3641509, sin embargo se dio cumplimiento a
mi solicitud hasta el 08 de julio de 2015, del mismo modo generaron la
anulación total de los cobros mayormente aplicados de tal manera que me
encuentro a paz y salvo por todo concepto.

Así mismo y con el fin de subsanar los inconvenientes presentados se
generó una devolución en efectivo por valor de \$100.000,00 incluido IVA.

El presente desistimiento lo realizo de conformidad con lo preceptuado en
artículo *78-Ley-743F-2011*.

Para Constancia firmo,

LuB
LUZ MARINA BELTRAN SARMIENTO
C.C. No. *41.688.152.54*
CUI: 4367-15-000142840

Se transcribe el aparte para mejor lectura:

"(...) **Ref:** Expediente No. **15-155364**
Demandante: LUZ MARINA BELTRÁN SARMIENTO
Demandado: ETB S.A. ESP

(...)

LUZ MARINA BELTRÁN SARMIENTO, identificada como aparece al pie de mi firma y actuando en calidad de demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito manifiesto que **DESISTO** de la demanda incoada contra **ETB S.A. ESP**, según el proceso anteriormente referenciado.

NOTA: El pasado 20 de abril de 2015 solicité el retiro definitivo de los servicios asociados a la línea 3641509, sin embargo se dio cumplimiento a mi solicitud hasta el 08 de julio de 2015, del mismo modo generaron la anulación total de los cobros mayormente aplicados de tal manera que me encuentro a paz y salvo por todo concepto.

Así mismo y con el fin de subsanar los inconvenientes presentados se generó una devolución en efectivo por valor de \$100.000,00 incluido IVA.

El presente desistimiento lo realizo de conformidad con lo preceptuado en artículo 18 Ley 1437 de 2011. (...)"

Habida consideración de las anteriores manifestaciones, la SIC empezó haciendo referencia dentro de la Resolución sancionatoria No. 26003 de 18 de abril de 2018, a jurisprudencia y doctrina que se refería a su facultad de vigilancia y defensa del marco normativo de protección al usuario de servicios de comunicaciones, además del principio de oficiosidad de sus facultades, siendo todas estas alusiones, manifestaciones de carácter general sobre sus habilitaciones, pero en realidad no susceptibles de cargar la debida argumentación sobre la necesidad de dar continuidad al procedimiento administrativo que nos ocupa de manera precisa, por comportar un interés público en sus características particulares. Continuó entonces, señalando la resolución sancionatoria:

"(...) En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que si bien, la señora LUZ MARINA BELTRÁN SARMIENTO presentó desistimiento de manera voluntaria de la denuncia en contra de la Investigada, lo cierto es que la presente investigación administrativa tiene como objeto la salvaguarda de lo previsto en el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, cuya protección constituye un fin de interés general.

Efectuadas las anteriores aclaraciones, se concluye que el objetivo de esta Entidad, en ejercicio de funciones administrativas, no es resolver un conflicto de carácter particular, sino velar por observancia de las disposiciones de protección al consumidor de los servicios de

comunicaciones, cuya integridad está a cargo de esta Entidad conforme con lo preceptuado en el Decreto 4886 de 2011.

Por lo demás baste señalar que en el caso en comento, el desistimiento sólo demuestra la atención favorable, por parte del proveedor de servicios, de las pretensiones de la usuaria y, adoptar una decisión frente al caso concreto descontextualizándolo de los nobles propósitos que pretende alcanzar esta Entidad, sería desproteger el interés de quienes están igualmente expuestos a la conducta recurrente de la sociedad que ha sido objeto de investigación.

Por estos motivos, el hecho de haberse llegado a un acuerdo entre la quejosa y la Investigada, no es motivo suficiente, en atención a las particularidades del caso, para archivar la investigación. Sin embargo, será un hecho que será tenido en cuenta, en caso de imponer una sanción, al momento de dosificarla.

Por consiguiente, esta Dirección continúa de oficio con la presente actuación administrativa, sin tener en cuenta el desistimiento firmado por la denunciante.”

Así pues, el discurso argumentativo de la SIC en todas sus partes se refirió a sus habilitaciones generales como autoridad de protección de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones, sin que de manera precisa se refiriera a las razones por las cuales el caso concreto ameritaba la continuidad de la investigación, como estrictamente lo exige el artículo 18 del CPACA; además, llama la atención que el argumento así esbozado es una exacta copia de los textos de otras investigaciones administrativas al referirse a los desistimientos en ellas contenidos, por lo que tal copia textual no podría ser realmente un análisis del caso concreto, como así lo exige el artículo 18 del CPACA.

Adicionalmente, al argumentar que darle cabida al desistimiento para terminar la actuación sería desproteger el interés de quienes están expuestos a la conducta recurrente de ETB, la SIC tampoco explicó por qué se estaba desprotegiendo ese interés de otros al tomar la decisión de archivo de un caso que, justamente, no tenía repercusión alguna en el conglomerado social. Además de lo anterior, la presentación del desistimiento voluntario y tan preciso en sus términos por parte de la usuaria no podía tan laxamente ser catalogada por la autoridad, pues se trató de un acto procesal que la Ley misma autoriza y le da efectos legales, y que no significó per se, bajo ninguna consideración, la desprotección del interés de “quienes están expuestos a la conducta recurrente” de ETB, pues con esas palabras emitió un juicio de valor que acto seguido no fundamentó debidamente, y en todo caso, se reitera, continuó sin explicar por qué el caso concreto -No sus habilitaciones generales como así ella lo quiso hacer ver-, ameritaban continuar la investigación.

Es evidente además que, al proferir su decisión sancionatoria, la SIC de todos modos desconoció que el acto administrativo que de ella resultaba sí tenía efectos de carácter particular sin repercusiones de interés general ni de orden público que conllevaran a la no aceptación del desistimiento, lo que no desnaturaliza el hecho de que una actuación administrativa como la de

este resorte tiene su fundamento en la protección del régimen que contiene los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones. La norma del artículo 18 del CPACA se explica en el contexto de que los actos se extiendan a la colectividad y no sólo afecten la situación jurídica particular de un individuo, sin que se quiera significar que se está desestimando la función de protección del Régimen de Protección a Usuarios de Comunicaciones que cumple la SIC, pero la norma se descontextualizó de su espíritu, pues exige que se señale de manera estricta el por qué, ante el desistimiento de un procedimiento administrativo, la continuación del mismo, aun cuando conduzca a una decisión de carácter particular, resulta de especial relevancia para el interés general, máxime cuando ella claramente no tiene repercusión sobre el conglomerado social.

En adición a lo anterior, habíamos dicho que muy recientemente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había proferido una sentencia de segunda instancia a favor de ETB, dando plena validez a nuestros argumentos sobre el particular. Así, dicha sentencia estableció⁶:

*"(...) Examinada la actuación administrativa adelantada por la SIC, se observa que esta no se pronunció mediante resolución motivada sobre el desistimiento presentado por la usuaria con respecto a la queja, como lo exige el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, para poder proseguir con la actuación administrativa, **ahora con un carácter punitivo.***

*Si bien en la Resolución No. 59665 de 21 de septiembre de 2017, acto sancionatorio, la SIC indicó en el acápite denominado '**10.1 Gravedad de la falta**': 'De otra parte es importante mencionar que en el caso concreto la usuaria allegó escrito por medio del cual desistió de la denuncia; por lo que se procederá a descontar en cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, el monto de la multa a imponer.', no expuso las razones de interés público para proseguir con la actuación.*

En suma, la Superintendencia de Industria y Comercio no cumplió con la obligación que le impone el artículo 18 de la Ley 1437 de 2011, consistente en indicar la necesidad e interés público que la motivaba y, en esa medida, no podía continuar con la actuación administrativa que se cuestiona.

La importancia de dicha motivación estriba en que la regla general es que una vez desistida una petición esta pone término a la actuación; sin embargo, como se estimó de interés público proseguir con la misma, tal determinación implicaba motivar expresamente debido a las consecuencias sancionatorias del procedimiento.

No se trató de una actuación más, sino de una actuación de naturaleza administrativa que adquirió carácter punitivo, razón por la cual reclamaba una explicación que justificara la transformación del procedimiento. (...) (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia de 29 de julio de 2022, Ref: EXP. No. 110013334003201800408-01, MP Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO.
07-07.7-F-020-v.7

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

Lo anterior se compagina con lo que de vieja data ha venido aduciendo ETB en su defensa ante los procedimientos administrativos sancionatorios de la SIC, respecto de que, a través de la potestad punitiva del Estado se persigue el cumplimiento del orden jurídico, de manera tal que cuando se consigue éste, el criterio de necesidad del *ius puniendi* deja de estar presente, pues es lógico concluir que el efecto útil de la norma se cumplió. El Tribunal fue muy claro en señalar que la continuidad en el procedimiento administrativo sancionatorio, mediando un desistimiento, significa que el procedimiento sufre una transformación y adquiere en carácter punitivo, por lo que necesariamente tienen que existir razones claras y debidamente argumentadas para que sea procedente darle ese carácter punitivo, y ello necesariamente deber estar atado a que haya un interés general que así lo amerite, que es el que expresamente exige el artículo 18 del CPACA.

Por tal razón, y con base en los precedentes que avalan este entendimiento, que vienen de ser citados y que el mismo ad quem puede acceder en su totalidad por ser precisamente jurisprudencia suya, es claro que la SIC erró una vez más en la manera como concibió el desistimiento, pues no atendió a su espíritu y las exigencias claras del artículo 18 del CPACA, para que pudiera dar continuidad al trámite administrativo, y en cambio hizo alusión a sus facultades de defensa del régimen de una manera general, lo que fue un simple ejercicio de retórica que siempre acomoda a todos los casos, pero a este punto es claro que de ella se exige una argumentación específica al caso concreto, y que se refiera a las razones particulares de interés público que la inspiran a dar continuidad al trámite, que ya adquiere un carácter punitivo.

Por eso es que tampoco podía la SIC deshacerse de su carga de análisis del asunto del desistimiento en los términos que lo exigía el artículo 18 del CPACA, simplemente determinando que al no emitir orden administrativa dentro de la Resolución sancionatoria daba un efecto suficiente a ese documento allegado por la denunciante, pues existía esa norma que imponía unas condiciones de evaluación de ese acto procesal, que se insiste, no fue cumplida, y que podía haber significado perfectamente el archivo y consecuente no imposición de la sanción.

Consideramos entonces que la sentencia de primera instancia, por todos los sustentos que traemos a colación mediante este recurso de apelación, erró al convalidar la posición de la demandada, pues no adicionó sentido alguno a la argumentación simple y llana, general y falta de especificidad con respecto al desistimiento que hubo mencionado la SIC dentro de la actuación administrativa, pues el a quo se limitó a decir:

"(...) Por lo anterior, esta es la norma que rige la posibilidad de continuar con la actuación administrativa, pese a que la usuaria que presentó la queja manifieste que desiste de ella, y la Superintendencia de Industria y Comercio no la desconoció. Contrario a lo afirmado por la parte demandante, en el acto administrativo sancionatorio, la demandada expuso las consideraciones por las cuales se continuaba con la actuación, pese a la solicitud de desistimiento presentada por la usuaria. (...)

(...)

Tan es así, que la parte demandante presentó recursos contra esta decisión, y en los actos administrativos que los resolvieron, se reiteró amplió la argumentación, tal y como se advierte de su lectura.

En la Resolución No. 42682 de 19 de junio de 2018, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición se reiteraron los argumentos expuestos en la decisión sancionatoria, en cuanto a la decisión de continuar con la investigación, pese al desistimiento de la usuaria, con el fin de demostrar que se habían otorgados las garantías del debido proceso y el derecho de defensa (numeral de hechos probados 2.5.11).

Al momento de resolver el recurso de apelación, la Superintendencia de Industria y Comercio reiteró las razones por las cuales consideraba que debía continuarse con la actuación administrativa, pese al desistimiento de la usuaria (numerales hechos probados 2.5.12).

Así las cosas, el acto administrativo está suficientemente motivado sobre la necesidad de continuar con la actuación, pese al desistimiento a la queja presentado por la usuaria, por razones de interés general. La Superintendencia de Industria y Comercio consideró el impacto sobre el régimen de protección a los usuarios de los servicios de comunicaciones y la necesidad de protegerlos frente a una conducta recurrente de la ETB que implica la vulneración de sus derechos.

Por último, el Juzgado no advierte que, con la decisión de continuar con la investigación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio estuviera desconociendo sus precedentes, en tanto que no existen referencias a partir de las cuales señalar que en otros casos idénticos decidió archivar la decisión.

Con todo, debe tenerse en cuenta que existen distintos factores frente a los cuales se pueden evaluar las razones de interés general (condiciones sociales, temporales, de reincidencia, etc.) de modo que no bastaría con que se tratara de la misma conducta infractora; sino que sería determinante, por ejemplo, la época en que se esté definiendo, que en este caso conllevó a la Entidad demandada a afirmar que la conducta de la ETB a partir de la cual se infringía el régimen de protección de los usuarios de servicios de comunicaciones era recurrente.

Si bien, para sustentar los recursos de reposición y apelación, la ETB mencionó algunas decisiones de la SIC, no es posible establecer que se trata de casos idénticos al que dio lugar a los actos administrativos demandados, más aún, cuando corresponden al año 2013, por lo cual no revelan la posición actual de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la necesidad de continuar con las investigaciones administrativas por razones de interés general (numeral de hechos probados 2.5.10). (...)"

Este análisis da cuenta entonces de la misma generalidad de la que adoleció la investigación administrativa sancionatoria, pues no obstante que quiso la sentencia de primera instancia referirse a que las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos por ETB confirmaron y dieron más firmeza a los argumentos de la Resolución sancionatoria, en realidad ninguna de dichas resoluciones tuvo la virtualidad de plantear explicaciones adicionales precisas, y sobre todo referentes al caso concreto, que justificaran la continuidad del trámite hasta su culminación por comportar razones de interés público producto de los hechos precisos objeto de investigación.

Además de lo anterior, debe recordarse el fallo reciente que citamos líneas atrás por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde se señalaba que el carácter punitivo que adquiriría el trámite al continuarse mediando un desistimiento, obligaba a motivar las razones de ese cariz punitivo con las que se arribaba a esa decisión de continuidad; tal exigencia de motivación obliga a recordar que lo punitivo atiende a una valoración objetiva que puede ilustrarse muy bien por el siguiente aparte jurisprudencial, que aunque referente al derecho penal, no es ajeno en su razonamiento al derecho administrativo sancionatorio:

*"(...) En conclusión, la Corte ha sostenido reiteradamente que (i) el legislador tiene un ámbito de configuración legislativo en materia penal que le permite determinar, en el marco de la política criminal del Estado, los bienes jurídicos protegidos y en consecuencia, configurar los tipos penales, sus elementos, sus sanciones y las figuras propias de la responsabilidad penal, así como los subrogados penales y los beneficios. (ii) El ámbito de configuración en materia penal está limitado por el respeto de los principios constitucionales (incluido el Bloque de Constitucionalidad) y de los derechos fundamentales, **particularmente a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, de los cuales surge el principio de prohibición de exceso para el legislador, por el cual, el diseño de los tipos penales y la dosificación punitiva 'atienden una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros'**. (iii) No resulta contrario al principio de igualdad un trato diferenciado fundado en características relevantes de los sujetos frente a la conducta delictiva, y que en el marco de cada medida concreta resulta razonable y justificado, como sucede con la responsabilidad de los servidores públicos en los delitos especiales o con el trámite especial para los aforados constitucionales. (...)"*(Negrillas fuera del texto original).

Es claro pues, que lo anterior da cuenta de que lo punitivo atiende a principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, y que la dosificación punitiva se expresa particularmente en consideración a la mayor o menor repercusión en la afectación que el bien jurídico lesionado tenga en el interés general y el orden social, de modo tal que, ante la existencia de normas como el artículo 18 del CPACA, que dan cuenta de la posibilidad de que una actuación procesal del denunciante, que da fe de que la afectación que pudo tener lugar ya es inexistente, es claro que ya no hay un bien jurídico lesionado, mucho menos que ese hecho ya inexistente pueda comportar

alguna repercusión en el interés general o el orden social, y si lo hace, las razones tienen que ser muy precisas al caso, so pena de incurrir en el terreno de la generalidad para calificar un asunto que por su naturaleza debe referirse a las características exactas del comportamiento calificado como punitivo desplegado por el sujeto.

Ahora bien, es cierto que dentro de los escritos de defensa de ETB dentro de la actuación administrativa -lo que se menciona también dentro de la demanda-, la empresa trajo a colación unas decisiones de archivo que tomó la SIC en el pasado con respecto a ETB, habida consideración de los desistimientos arrojados a las respectivas investigaciones, por lo que era más que razonable esperar que la autoridad aplicara el mismo derrotero a investigaciones similares, como la que ocupa este proceso. También ello da cuenta de que la SIC no ha sido ajena en manera alguna a aplicar el artículo 18 del CPACA de la manera como la jurisprudencia y ETB lo argumentan, y como en todo caso es su espíritu.

Me permito entonces hacer alusión a reciente jurisprudencia sobre los principios de buena fe y confianza legítima⁷ que perfectamente ETB puede aducir a su favor mediando tales antecedentes, no sólo jurisprudenciales sino de sus propios actos, respecto de la validez del desistimiento que nos ocupa:

"(...) 29. Esta Corte se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar el principio de la buena fe, y ha señalado que se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad¹⁴⁴¹⁸. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de "honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo".¹⁴⁵¹⁹

30. En concordancia con lo anterior, la buena fe tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas pues pretende 'que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.¹⁴⁶¹¹⁰ Sobre este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es 'garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada.¹⁴⁷¹¹¹

⁷ Sentencia T-453/18, Referencia: Expediente T- 6.593.422, Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA, Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

⁸ Sentencia T- 722 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido ver las sentencias T-248 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T- 141 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Sentencia T-845 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ Sentencia T-458 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

07-07.7-F-020-v.7

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

31. Del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar 'situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho'.^[48]¹²

32. El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional.

33. En suma, para la Corte la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la administración quebrante de manera intempestiva la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales⁴⁹¹³.”
(Subrayas fuera del texto original).

Con base en lo anterior, quiero hacer alusión particular a unas investigaciones administrativas que contra ETB la SIC había iniciado y respecto de las cuales decidió el archivo, donde los desistimientos fueron los determinantes únicos para que la autoridad decidiera en tal sentido. Haré referencia entonces a una de dichas investigaciones para ilustrar el punto, señalando que con el tiempo la SIC se alejó intempestivamente de ese y los demás precedentes en tal sentido -incluidos los señalados por parte de ETB dentro de sus recursos en la investigación administrativa-, sin que hubiera habido de por medio un tránsito razonable en los motivos para hacerlo.

Se adjunta con este recurso de apelación nueve (9) antecedentes de este resorte, con lo que se trata de un precedente robusto.

Así pues, para ejemplo está la Resolución de pliego de cargos No. 34625 de 31 de mayo de 2013, Expediente administrativo SIC No. 12-209659, donde encontramos que la SIC señaló lo siguiente:

"SEGUNDO: *Que el día 20 de noviembre de 2012, el (la) señor(a) Carlos Andrés Murillo Benavides, identificado (a) con C.C. 72.227.927 en adelante el usuario, denunció que el proveedor de servicios de comunicaciones Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., ETB S.A. E.S.P., identificado con Nit 899999115-8 no atendió oportuna y adecuadamente las peticiones del 23 de octubre de 2012 y 4 de diciembre de 2012.”*

¹² Sentencia T-180 A de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Ver sentencias T-053 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-722 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-049 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T- 458 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
07-07.7-F-020-v.7

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

A su vez, la Resolución No. 47536 de 14 de agosto de 2013, como siguiente actuación dentro de la investigación administrativa Expediente SIC No. 12-209659, decidió el archivo por desistimiento expreso de la misma, en los siguientes términos como razón exclusiva de esa terminación por archivo:

"(...) SEGUNDO: Que en el Capítulo I del título II, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, dedicado al derecho de petición, prevé en el artículo 18 lo siguiente:

'Los interesados podrán desistir en cualquier tiempo de sus peticiones, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales (...)'

TERCERO: Que ha sido allegada al diligenciamiento una comunicación firmada por el (la) usuario(a), mediante la cual desiste de la petición formulada en contra del proveedor de servicios identificado en el numeral primero del presente acto administrativo."

CUARTO: Que como consecuencia de lo anterior, este Despacho procederá al archivo de la presente actuación."

Obsérvese entonces que la SIC decidió que habría de aplicar el artículo 18 del CPACA para dar por terminada la investigación, por lo que, además de que ETB contaba con los antecedentes jurisprudenciales en los que nos hemos extendido dentro de este escrito de impugnación -y ante la existencia del antecedente reciente que hemos relacionado, que nos permite aducirlo para el análisis de segunda instancia-, ETB además tenía una legítima expectativa en que el desistimiento dentro de esta investigación sería evaluado usando el mismo derrotero. Sin embargo, en un cambio de precedente que insistimos, fue intempestivo, la SIC empezó a referirse a su habilitación general de defensa del régimen de protección a usuarios para terminar desestimando absolutamente todos los desistimientos que se arrimaran a las investigaciones administrativas contra ETB; ese cambio de proceder aún no tiene sentido para ETB, en tanto no hubo nunca un momento a partir del cual la SIC explicara motivadamente la manera como ya no era de recibo que la literalidad del artículo 18 del CPACA fuera reconocida en su extensión, cambiando arbitrariamente la forma como había venido decidiendo de manera consistente.

Además de lo anterior, téngase en cuenta que es errada la consideración de la sentencia de primera instancia, cuando señala que si bien para sustentar los recursos de reposición y apelación ETB había mencionado algunas decisiones de la SIC, no era posible establecer que se trataba de casos idénticos al que dio lugar a los actos administrativos demandados, más aún, cuando correspondían al año 2013; su yerro radica en que, en realidad, no tenían que ser idénticos casos para que aplicara el precedente, pues como se pudo mostrar con el ejemplo que viene de ser citado (y se puede ver en extenso de las pruebas que se adjuntan con este escrito), la sola existencia del desistimiento sin

que haya una justificación de interés general, se insiste, derivada del caso concreto para continuar la investigación administrativa, plantea la inminente decisión de archivo, por todo lo que extensamente se ha venido explicando a lo largo de este recurso. No se requiere entonces, identidad de materia, precisamente porque el interés general se deriva de manera muy particular del caso concreto en estudio, de manera tal que serán tan diversos los argumentos para continuar con el trámite, como lo son las diversas denuncias planteadas por los usuarios.

A la luz de todo lo advertido, respetuosamente solicitamos que, en la decisión de segunda instancia, se haga referencia expresa a estos razonamientos cuya validez ciertamente debe zanjarse de manera definitiva dentro de este caso concreto, no sólo revisando el aspecto meramente formal del entendimiento del artículo 18 del CPACA pues hay mucho más que considerar respecto de esta asunto por todas las razones esgrimidas en este escrito, que dan cuenta de que sí existen motivos suficientes para considerar que existió, y existe, un precedente consistente y robusto en el sentido que solicitamos, con lo que sí se desconoció el principio de confianza legítima en las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, sí se desconoció la norma del artículo 18 del CPACA y no se valoró la prueba del desistimiento en toda su extensión, con lo que sí hubo un desconocimiento de la norma en que debía fundarse la decisión sancionatoria, todo lo cual es causal suficiente de nulidad de los actos administrativos demandados.

3. Inobservancia de los criterios legales graduación de la sanción, violación de los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso - el criterio de reincidencia aplicado por la Resolución sancionatoria No. 26003 de 18 de abril de 2018.

Sobre este argumento en particular, habíamos planteado en la demanda el reproche de la falta de valoración en conjunto de los criterios legales para la definición de la sanción establecidos por el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, siendo particulares en cuanto a la falta de motivación en la utilización del criterio de gravedad, y en el establecimiento de la identidad de la infracción y del supuesto fáctico entre las investigaciones administrativas que la SIC trajo a colación como antecedentes para aplicar el criterio de reincidencia, y la infracción que trajeron a colación los actos demandados en esta oportunidad. Así, en la sentencia de primera instancia, el a quo pasó por el cargo en general, señalando que:

"(...) se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio debe establecer la sanción que va a imponer, a partir del estudio de los criterios que encuentre suficientes para tomar la decisión. En otros términos, no es necesario realizar el análisis de todos y cada uno de los criterios del artículo mencionado, sino de los que se consideren aplicables al caso concreto.

En cuanto a la dosimetría de la sanción, en el acto sancionatorio, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta los criterios de gravedad de la falta y de reincidencia (numeral de hechos probados 2.5.9).

Sobre la gravedad de la falta señaló que había representado el desconocimiento de los principios de calidad y buena fe, puesto la mora en la atención de la solicitud de la usuaria

había vulnerado su derecho a obtener una atención expedita e integral y lo había obligado a solicitar en varias ocasiones la terminación del contrato, para evitar que le siguieran remitiendo facturas.

Frente al criterio de reincidencia, la Superintendencia consideró que la vulneración repetitiva, permanente e injustificada del ordenamiento jurídico y la renuencia de la ETB de cumplir con la regulación, ameritaba la imposición de una mayor sanción. Para demostrar la reincidencia en la vulneración de régimen de protección de los usuarios de servicios de comunicaciones, la SIC mencionó el radicado de otras investigaciones.

(...)

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 individualización de las investigaciones; sin embargo, 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.

*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 fueron los que la entidad encontró probados.** (...)" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

Así bien, destacamos de esta disertación de la sentencia de primera instancia que, al analizar los argumentos de la demandada con los de ETB, la señora juez, entre otras cosas, ratificó la ponderación que realizó aquella primera al tasar el correctivo pecuniario, dando a entender que todos los criterios de graduación que lo conformaron estuvieron acordes, suficientemente motivados y sin ningún asomo de arbitrariedad en la actuación de la Autoridad, más allá del ejercicio legítimo de las facultades que las normas en materia sancionatoria le atribuían.

También acentuamos de manera particular dentro del aparte subrayado, que para el a quo el reproche de ETB en la demanda se refería a que no se señalaron de manera concreta las investigaciones que fundamentaron el criterio de reincidencia, y que la empresa no aportó medio de convicción que permitiera desvirtuar la reincidencia por cuenta de dichas investigaciones, por lo que, en la medida en que la SIC había encontrado probados lo presupuestos de dicha reincidencia, la motivación de la dosimetría sancionatoria había sido suficiente.

Nos alejamos de tales conclusiones respecto de la manera como fue motivada la sanción debido a que, particularmente en cuanto al criterio de reincidencia, no se reprochó en la demanda que no se hubieren mencionado las investigaciones -pues es evidente que sí se mencionaron los números

de expedientes-, sino que lo reprochado se refirió a que la SIC relacionó sólo de forma muy tangencial y sin la más mínima argumentación la existencia de unos radicados de supuestas anteriores actuaciones administrativas decididas por esa Autoridad, que señaló como prueba de esa conjeturada reincidencia de mi representada para convalidar la utilización de este criterio para graduar hacia arriba la sanción a imponerle, y sin embargo, a esta falta de suficiencia argumental no hizo la más mínima referencia la sentencia de primera instancia, y en cambio, sin explicar cómo, se refirió a que el sustento para la reincidencia había sido probado por parte de la SIC.

Decíamos en la demanda que la dosimetría sancionatoria dependía en todo momento del análisis de las circunstancias específicas que se atribuían normativamente para la definición de las sanciones, y sin embargo, se insiste, particularmente respecto del principio de reincidencia la SIC hizo referencia a unos radicados como antecedentes de la supuesta incursión reiterativa de ETB en los cargos formulados, sin la más mínima explicación de su pertinencia frente al caso concreto, sobre lo cual pasó la sentencia de primera instancia sin un análisis de fondo que así pudiera dar soporte adecuado a ese ejercicio que la Autoridad realizó para volver más gravoso el correctivo pecuniario en cabeza de mi representada. Estando esto de por medio, además la sentencia señaló que había sido ETB la llamada a aportar medio de convicción que permitiera desvirtuar la reincidencia, cuando había sido la SIC quien había traído a colación los expedientes para la aplicación del criterio de reincidencia como agravante de la sanción, luego era la autoridad quien debía sustentar de manera explícita y pormenorizada por qué esos antecedentes se constituían en ese agravamiento de la multa a imponer.

Entonces, la rigurosidad que debe estampar una autoridad administrativa a una actuación que grava pecuniariamente a los administrados, requiere el mayor de los tecnicismos y no puede únicamente hacer una mención simple de unos números de radicados de unos expedientes sancionatorios que pudieron haber existido en los mismos términos que la actuación en análisis, sin explicar las razones de hecho y de derecho que dieron sustento a la determinación de la reincidencia en las conductas evaluadas, con respecto a esas actuaciones pasadas. Queremos advertir que tan grave ha sido esta falta de ejercicio de motivación de la SIC, que es evidente que ya en varios casos de demandas por nulidad y restablecimiento del derecho ETB contra la entidad, hemos puesto de presente que ha habido casos en los cuales incluso los expedientes de reincidencia resultan ser referidos a otros operadores, y aunque este no es el caso, ello sí comporta una alarma respecto de la falsa motivación en la que está incurriendo todavía la SIC sin ningún tipo de correctivo, además porque lastimosamente no ha necesitado ajustarse, teniendo en cuenta que en sede judicial los jueces no han castigado con rigor esta práctica.

Así pues, la SIC en el caso presente, pregonó la reincidencia como criterio para imponer una sanción más gravosa en cabeza de mi representada, 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; a su vez, la sentencia de primera instancia se limitó a avalar este ejercicio falto de motivación, estableciendo que el actuar de la SIC demostró que había realizado un trabajo suficiente de ponderación al aplicar los criterios dosificadores para tasar la sanción.

Esa falta de explicación debida a los administrados los desprovee de las más mínimas garantías de que la autoridad realmente haya equiparado los supuestos antecedentes con el caso concreto, y hallado las suficientes razones para establecer una reincidencia por virtud de esos antecedentes, con lo que la propia facultad sancionatoria de la Autoridad, necesariamente, pierde toda su robustez jurídica y pasa justamente al terreno de la arbitrariedad y a la vulneración al debido proceso.

Nos separamos también de la manera facilista con que la sentencia de primera instancia simplemente señaló que la Superintendencia hubo actuado bajo la evidencia de la existencia de la reincidencia -sin realmente referirse a cómo se probó que ello ocurrió, sino avalando, y sin la más mínima observación, el hecho de la sola mención de los números de los antecedentes-, pues ello deja en el aire los reproches planteados en la demanda, cuando señalamos en aquel momento: *"(...) para que haya reincidencia, la demandada debió precisar cuándo se ocurrió, cuando se incumplió, indicando en la parte motiva de la decisión la existencia de pronunciamientos donde hay decisiones sancionatorias previas por parte de la autoridad administrativa, es decir indicando uno o varios casos en los que el investigado o disciplinado o infractor fue sancionado por el mismo comportamiento, ya que la reincidencia no puede ser pregonada como criterio para imponer una sanción más grave de manera generalizada como lo hizo la demandada (...)"*

Es entonces con base en la rigurosidad que debe predicarse del ejercicio sancionatorio de la SIC, que ETB considera gravísimo que, como primera medida, no sólo haya mencionado unos actos administrativos de paso y sin revisión, sino que, en evidencia contundente del ejercicio arbitrario que aducimos haya traído a colación unos expedientes de tan vieja data para aplicar por conducto de ellos el criterio de reincidencia, todos con resoluciones sancionatorias expedidas en el año 2016¹⁴, pues en contraste, la resolución sancionatoria de la investigación administrativa que ocupa esta demanda fue expedida en el año 2018, alrededor de dos años después de las citadas resoluciones sancionatorias. Se plantea este comparativo, pues expone con claridad cómo la SIC, en un afán por agravar las sanciones, pareciera que a como diera lugar, rebuscó unos antecedentes de más o menos 2 años atrás de la expedición de la sanción que nos ocupa para predicar reincidencia de mi representada.

Estas son las resoluciones de esos expedientes aducidos para la aplicación del criterio de reincidencia:

Expediente 13-298192: Resolución sancionatoria No. 47086 de 21 de julio de 2016
Expediente 14-45471: Resolución sancionatoria No. 61571 de 20 de septiembre de 2016
Expediente 14-151010: Resolución sancionatoria No. 74262 de 28 de octubre de 2016
Expediente 14-248703: Resolución sancionatoria No. 79430 de 17 de noviembre de 2016
Expediente 15-74472: Resolución sancionatoria No. 69615 de 19 de octubre de 2016
Expediente 15-174636: Resolución sancionatoria No. 74264 de 28 de octubre de 2016

¹⁴ Se adjuntan las 6 resoluciones sancionatorias de los 6 expedientes que configuraron el criterio de reincidencia.
07-07.7-F-020-v.7

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

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."¹⁵

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 2 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 alrededor de 2 años atrás para derivar algún dato sobre la supuesta reincidencia que aducía en cabeza de ETB, pues de otro modo habría traído de presente unas referencias 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, y en cambio utilizó expresiones dentro de la Resolución sancionatoria como que ETB había estado incurriendo en injustificada repetición de la conducta antijurídica o que mostraba una reiterada tendencia a vulnerar el régimen de usuarios de comunicaciones, que revisten una gravedad cuyo fundamento todavía se extraña.

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

¹⁵ 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. (...)"¹⁶

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.

Así las cosas, la sanción así impuesta a ETB estuvo falsamente motivada, en los términos que el Consejo de Estado¹⁷ plantea, particularmente así:

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 26 de julio de 2017, Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), CP Milton Cháves García.

07-07.7-F-020-v.7

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

"Sobre la falsa motivación, la Sección Cuarta ha precisado que esta 'causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que 'es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente'".

En línea con esta jurisprudencia, es claro que la SIC tuvo en cuenta como motivos determinantes para la graduación de la sanción en cabeza de ETB, hechos que no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa -lo que fue pasado por alto por la sentencia de primera instancia al evaluar el cargo que se refería a los criterios legales para definir la sanción-, entendiendo por lo anterior que los actos administrativos sobre los cuales la Autoridad fundamentó el criterio de reincidencia para agravar la sanción, no fueron realmente estudiados, ni siquiera revisados, para confirmar que sí contaban con identidad jurídica y fáctica a la de la investigación administrativa que ocupa esta demanda, y que sí tenían la actualidad suficiente para configurar una reincidencia, aplicando criterios de razonabilidad para determinar esa actualidad.

Es gravísimo, se insiste, que la autoridad a la que están sujetos los administrados, cometa este tipo de errores en el ejercicio de su potestad de ente sancionador, pues ello demuestra una falta en el debido ejercicio jurídico y probatorio, donde precisamente su trabajo debe ser impecable, pues de gran envergadura son los intereses involucrados.

Todo lo anterior, mediando un estudio juicioso del reproche realizado en la demanda como ya lo advertimos al inicio de este escrito de apelación, pudo haber sido advertido por el a quo quien se limitó simplemente a convalidar lo decidido en este sentido por la demandada, por demás asumiendo que ésta hubo probado la existencia de los antecedentes, sin que realmente hubiese presentado elementos probatorios dentro del proceso para así acreditarlo.

Consecuencia de lo anterior es que, precisamente, hubo una incorrección insalvable a partir del acto sancionatorio de la Resolución No. 26003 de 18 de abril de 2018, y hasta finalizar la actuación administrativa, que solicitamos respetuosamente haga parte del análisis del juez de segunda instancia para atender a las pretensiones de nulidad integral incluidas en esta demanda, de las resoluciones nos. 26003 de 18 de abril de 2018, 42682 de 19 de junio de 2018 y 6746 de 26 de marzo de 2019.

4. Respetto 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 TELÉFONOS DE BOGOTÁ 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, dada la estimación razonada de la cuantía expuesta en la demanda, el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$2.343.726, equivalente al 3% de la cuantía (\$78.124.200) 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."

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 precedentes.

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 causaron realmente expensas y agencias en derecho, siendo así de general dicho sustento, y en últimas, basándose únicamente en el criterio de ETB haber sido vencida dentro de la primera instancia; además, señaló en este sentido la sentencia que, de acuerdo con el artículo 5 del Acuerdo PSSAA 16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procedía la fijación de agencias en derecho, lo que indicó precisamente sin expresar los fundamentos de su decisión, 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 maneras 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. (...)"¹⁸

En tales términos, 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, por lo que, dado que en este caso es evidente que tales fundamentos no tuvieron lugar, ponemos a consideración del ad quem este juicio de reproche para que sea resuelto en sede de segunda instancia.

Así las cosas, queda esbozado el presente recurso de apelación, y debido a estos racionios y a los otros expuestos en la demanda, que soportan las pretensiones de mi poderdante, se ruega a la Señora Juez entender interpuesto en tiempo el RECURSO DE APELACIÓN para ante el Tribunal Administrativo y remitirlo para esa competencia.

II. SOLICITUD

1. -REVOCAR LA SENTENCIA IMPUGNADA, y en su lugar declare nulos los actos acusados, esto es, las resoluciones nos. 26003 de 18 de abril de 2018, 42682 de 19 de junio de 2018 y 6746 de 26 de marzo 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 el pago realizado de la sanción (multa) impuesta mediante los actos administrativos demandados por valor de SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$78.124.200) equivalentes a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la vigencia de los hechos, debidamente INDEXADA.

¹⁸ Sentencia 00036 de 2019 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 6 de agosto de 2019. Magistrada Roció Araújo Oñate.
07-07.7-F-020-v.7

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

III. ANEXOS

1. Como hacen parte de los razonamientos de este recurso de apelación, se adjuntan **(i)** copias de las nueve (9) resoluciones de archivo en actuaciones administrativas de la SIC donde se registraron desistimientos, y, **(ii)** copias de las nueve (9) resoluciones de pliegos de cargos de las actuaciones administrativas que terminaron en archivos por desistimientos del punto (i).
2. La sentencia proferida por el TAC dentro del proceso 2018-00408 sobre la aplicación del artículo 18 del CPACA a favor de ETB.
3. Las resoluciones sancionatorias de los expedientes que conformaron el criterio de reincidencia.

IV. NOTIFICACIONES

Recibimos 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.