

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2017-00017-00
DEMANDANTE: COLTANQUES S.A.S
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I.- LA ACCIÓN

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sociedad Coltanques S.A.S, actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia de Transporte, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare la Nulidad de la resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015, proferida por el Superintendente de Transportes, mediante la cual se declara responsable y se sanciona a demandante por infringir normas de transporte.

SEGUNDA: Declarar la Nulidad de la resolución No. 30924 del 15 de julio de 2016, proferida por el Superintendente delegado de tránsito y Transporte Terrestre Automotor, mediante la cual resolvió el recurso de reposición y redujo la sanción a (\$2.833.500.00) equivalente a 5 SMLMV y concediendo el recurso de apelación.

TERCERA: Declarar la Nulidad de la resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016, proferida por el Superintendente de Puertos y Transporte, mediante la cual resolvió el recurso de Apelación confirmando la resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015, modificada mediante resolución 30924 del 15 de julio de 2016.

CUARTA: Se declare, que operó el silencio administrativo positivo, por no haberse decidido en tiempo los recursos interpuestos, bajo el radicado No. 2015-560-059916-2 del 18 de agosto de 2015.

QUINTO: Se declare que la Superintendencia de Transportes, perdió competencia para emitir el acto administrativo que resolvió los recursos.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior se exonere de responsabilidad y sanción impuesta a la actora y se declare que Coltanques S.A.S no tiene ninguna obligación de pago de la sanción impuesta mediante la resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, se resumen de la siguiente manera

1- Manifiesta que el 14 de diciembre de 2012, se le impuso infracción No. 352943 al vehículo de placas SZN-194 por la presunta infracción al artículo 1º del código 560 de la resolución 10800 de 2003, a la empresa Coltanques S.A.S.

2- Aduce que mediante Resolución No. 19272 del 26 de noviembre de 2014, la Superintendencia de Puertos y Transportes, abrió investigación administrativa en su contra, por transgredir presuntamente lo dispuesto en el literal d, del artículo 46 de la Ley 336 de 1.996, modificado por el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011; en concordancia con lo normado en el artículo 8º de la Resolución 4100 de 2004, modificado por el artículo 1º del código 560 de la Resolución 10800 de 2003.

3- El 30 de diciembre de 2014, la demandante rindió descargos, mediante radicado No. 2014-560-081960-2.

4- Mediante Resolución 13265 del 17 de julio de 2015, se resolvió la investigación administrativa y la demandante fue sancionada con multa de 26.5 S.M.L.M.V.

5- Contra la anterior decisión, interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación, el 18 de agosto de 2015, mediante radicado No. 2015-560-059916-2.

6- La Superintendencia de Puertos y Transporte, a través de la Resolución 30924 del 15 de julio de 2016, resolvió el recurso de reposición, modificando el artículo segundo de la resolución 13265 del 17 de julio de 2015, en cuanto a la sanción impuesta, disminuyéndola a cinco (5) SMLMV, equivalente a \$2.833.500, confirmando en los demás apartes la mencionada resolución, y concedió el recurso de apelación.

7- Por resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016, la Superintendencia de Puertos y Transporte, resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015.

8. Mediante radicado No. 2016-560-070688-2, la actora interpone ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, solicitud de aplicación del silencio administrativo positivo, del cual señala la demandante no obtuvo pronunciamiento alguno.

9. Señala que el 27 de septiembre de 2016, bajo el radicado No. 2016-560-081346-2, interpuso ante la Superintendencia de Puertos y Transporte, revocatoria directa, por pérdida de competencia, respecto de la investigación administrativa, del cual aduce, no haber obtenido respuesta respecto a dicha solicitud, por parte de la demandada.

10. indica que el 31 de enero de 2017, llevo a cabo conciliación extrajudicial, con la Superintendencia de Puertos y Transporte, ante la procuraduría General de la Nación, la cual se declaró fallida, por falta de ánimo conciliatorio.

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por la demandante se pueden concretar en los siguientes cargos:

Primer Cargo: Aplicación del silencio positivo y pérdida de competencia del funcionario que falla la sanción administrativa.

Manifiesta que en este caso se presenta una flagrante violación a lo señalado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, al notificar la resolución que resuelve la apelación, pasado más de un año desde la fecha en que fueron oportunamente interpuestos los recursos.

Señala que por Resolución No.13265 del 17 de julio de 2015, se falló la investigación administrativa, mediante radicado No. 2015-560-059916-2 del 18 de agosto de 2015, se interpusieron los recursos de reposición y apelación contra dicho fallo, por lo tanto, disponía la entidad demandada para proferir los actos administrativos que desataran los recursos, el termino de un año, es decir, hasta el día 18 de agosto de 2016, aduce que la actora fue notificada de la resolución 39766 del 17 de agosto de 2016, mediante la cual resolvió el recurso de apelación, el 1 de noviembre de 2016, esto quiere decir que transcurrió más de un año, razón por la cual considera que la Superintendencia de Transporte era incompetente para resolver y notificar el acto administrativo que decidió la apelación, por lo que opera la declaratoria de la pérdida de la facultad sancionatoria de la administración y/o silencio administrativo positivo.

Segundo Cargo: Revocatoria directa por pérdida de competencia respecto de la investigación administrativa.

Refiere lo mencionado en los artículos 93 al 97 del CPACA, y resalta que son susceptibles de revocatoria los actos administrativos de carácter particular, individual y concreto, como lo son las resoluciones demandadas, norma que precisa sirve de fundamento para que la Superintendencia de Puertos y Transporte, revoque y declare la pérdida de competencia, tal cual como se evidencia en el procedimiento desplegado.

Tercer Cargo: Manifiesta oposición a la constitución y a la Ley 1437 de 2011 – artículos 52, 86 y 66, y artículos 29 y 228 de la Constitución Política.

Alude que las normas en mención fueron vulneradas por la entidad demandada, teniendo en cuenta que la misma, contaba con el término de un año a partir de la interposición de los recursos para proferir y notificar los actos administrativos que los resolvieran, lo cual no ocurrió en este caso, teniendo en cuenta que fueron notificados después del límite fijado por el legislador para ello

Concluye diciendo que teniendo en cuenta lo anterior deberá decretarse la operancia del silencio administrativo positivo y proceder a revocar y exonerar a la demandante Coltanques S.A.S de toda responsabilidad.

Cuarto cargo: Violación al principio de legalidad.

Aduce que la demandante según el informe de infracción de transporte fue sancionada por un supuesto sobrepeso, lo cual señala no es cierto, por cuanto la demandante cumplió con lo reglamentado y autorizado por la ley para un vehículo de configuración C2, que el sobrepeso que adujo la demandada se debió a una mala calibración de la estación de peaje y a otros factores ajenos al peso transportado como por ejemplo aprovisionamiento de combustible, mutabilidad del producto transportado bajo especiales condiciones climáticas, lluvia y el empozamiento de la báscula por donde pasa el vehículo etc.

Indica que en virtud de lo anterior la demandante no puede ser responsable, ni acarrear con las consecuencias negativas de eventuales problemas de calibración de las básculas cuestionadas en precedencia.

Quinto Cargo: Violación al debido proceso por omitir la etapa probatoria dentro de la investigación administrativa, pretermitir las instancias procesales establecidas en los artículos 44 a 46 de la Ley 336 de 1996 y no valorar en debida forma las pruebas aportadas.

Refiere que la Superintendencia de Puertos y Transportes de forma aligerada y sin fundamento, se limitó a enunciar algunos argumentos de defensa, mas no sustento porque no admitió y decreto las pruebas solicitadas por la actora, y además la sanciono por una conducta que se prueba no existente.

Sobre la valoración de la prueba, indica que la administración no puede a su arbitrio determinar sin sustento de hecho ni de derecho cuales pruebas son conducentes y cuáles no, pues aduce que las pruebas que se solicitaron en los descargos, tenían el único objeto de probar que la conducta infractora que se le pretendía indilgar a la demandante era ajena a la realidad, por lo que considera se vulnero el debido proceso y el principio de inocencia.

Sexto Cargo: Falsa motivación por falta de certeza jurídica sobre la correcta calibración de la báscula y atipicidad de la conducta endilgada.

Manifiesta que en el presente caso, no existe certeza de que se haya cometido infracción alguna, por parte de Coltanques S.A.S, debido a que no obra prueba dentro del expediente que la báscula ubicada en la vía Bogotá – Villavicencio alto de la Cruz, para el momento de los hechos que se imputan a la demandante, se encontraba debidamente calibrada, acorde a las normas establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sostiene que la única prueba que aportó la demandada en su momento, fue el informe único de infracciones No. 352943 y el tiquete de bascula No. 2627487 del 14 de diciembre de 2012, el cual contiene datos ilegibles, señala que si la infracción se elaboró con base en el tiquete de bascula, la administración debido garantizar la idoneidad de la prueba, es decir, debido identificar al sujeto y comprobar la veracidad de los resultados del registro emitido por el tiquete de pesaje de la báscula, situación que refiere no realizó la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Séptimo Cargo: Incumplimiento al principio de favorabilidad.

Refiere que la Superintendencia de Puertos y Transportes, en la Resolución No. 26289 del 1 de julio de 2016, mediante la cual, dio apertura a la investigación, cito como fundamento jurídico el literal e del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, sin tener en cuenta la modificación establecida por el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011, circunstancia que rompe la imparcialidad de la actividad de la administración y va en contra del principio de favorabilidad.

Octavo Cargo: Aplicación de los preceptos establecidos en la sentencia C-160 de 1998 y en el concepto 1311 de 2008 emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Transporte, sobre la aplicación de las investigaciones administrativas y sus sanciones dentro de los respectivos procesos y gradualidad de las mismas.

Alude que para la apertura de una investigación administrativa que pretende imponer una sanción, es necesario no solo que el hecho que se pretende sancionar este expresamente contemplado en la ley, sino que además se tengan claros los procedimientos, trámites o etapas que debe agotarse para imponerlas., las cuales en el presente caso no se encontró probado dentro de la actuación administrativa que la demandante haya causado algún daño de tipo económico, jurídico o moral a la administración, como para que esta recaiga con un régimen sancionatorio, además refiere que dentro del expediente no existe ninguna prueba que acredite el supuesto daño ocasionado al estado, por los hechos que se imputan.

Noveno Cargo: Expedición irregular del acto administrativo por no sujetarse al procedimiento establecido en la Ley 105 de 1993, la norma mercantil y contencioso administrativo para determinar el sujeto sancionable.

Expone que se evidencia un vicio formal en las normas en que debió fundarse el acto, considerando una expedición irregular, por cuanto se emitió el acto sin sujeción a un procedimiento y unas formulas determinadas.

Sostiene que la demandada incurrió en una falsa motivación en la expedición de los actos demandados, en razón a que la Superintendencia de Puertos y Transporte, no involucro si quiera sumariamente a los demás actores del servicios de transporte, teniendo en cuenta que Coltanques S.A.S, únicamente presta el servicio de transporte y quien genera la carga es una empresa que comercializa petróleo, por lo que resalta, no se pueden suponer que exista únicamente derechos y obligaciones a cargo de la empresa de transporte, cuando la responsabilidad del presunto sobrepeso no recae sobre esta, situación que debió verificar la demandada, para asegurar que todos los actores respeten la normatividad vigente y someterlos a su vigilancia y control.

Decimo Cargo: Error en derecho por indebida integración de Litis consorcio necesario en la investigación administrativa – vulneración al derecho a la igualdad.

Señala que dentro de las facultades jurisdiccionales de índole sancionatorio de la Superintendencia de Puertos y Transporte, está la del derecho a la igualdad, la cual debe aplicarse en igualdad de condiciones frente a todos los sujetos que se consideren infractores, conforme a dicha norma y no le es dable a la administración sancionar arbitrariamente a unos infractores y a otros no, todos deben ser sancionados en forma igualitaria, situación que no ocurrió en este caso, teniendo en cuenta que únicamente fue sancionada la actora.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

La Superintendencia de Puertos y Transporte, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las siguientes razones

Señala que los actos acusados fueron expedidos en razón al principio de congruencia atendiendo a la conducta cometida y a la infracción que ella comportaba, esto es, exceder el peso permitido, la cual se encontró demostrada con el informe de infracciones al transporte 352943 y el tiquete de Báscula 2627487 del 14 de diciembre de 2012, documentos que se presumen legales.

Adujo que no es obligación de la entidad demostrar la correcta calibración de las básculas, pues de conformidad con la normatividad en la materia la responsabilidad del contenido del manifiesto de carga recae en la empresa que lo expide y por tanto, es aquella a quien le corresponde desvirtuar la presunción de legalidad del informe único de tránsito, más aún si se tiene en cuenta que la reglamentación previó la posible variación en el pesaje, para lo cual dispuso un margen de tolerancia para cada clasificación de los vehículos de carga.

Advierte que contrario a lo afirmado por el actor, la actuación de la Superintendencia de Puertos y Transporte se llevó a cabo con plena legalidad y dentro de las funciones de inspección, vigilancia y control, y conforme con el procedimiento sancionatorio aplicable al sector transporte, contenido en la Ley 336 de 1996 y sus modificaciones.

Expuso que en ningún momento se vulneró el debido proceso de la sociedad demandante ya que se brindaron las oportunidades procesales para ejercer el derecho de defensa, se analizaron los argumentos presentados en relación con la prueba y se estableció que la empresa en ningún momento aportó material probatorio que demostrara que cumplió con el peso máximo de carga permitido para transporte público respecto del vehículo de placas SZN194.

Por ultimo indica que no existió caducidad de la facultad sancionatoria ya que la infracción fue cometida el 14 de diciembre de 2012 y el acto sancionatorio se notificó el 21 de julio de 2015, esto es, dentro del plazo de tres años que establece el artículo 52 del CPACA.

En razón a lo anterior, la demandada propuso como excepciones de mérito las que denominó improcedencia de las pretensiones, falta de causa para demandar, inexistencia de causales de nulidad y buena fe, en tanto que considera que los actos administrativos demandados se encuentran ajustadas al ordenamiento constitucional y legal, que rigen la materia de transporte, principalmente en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1993, modificado por el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011, en concordancia con lo normado en el artículo 8° de la Resolución 4100 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Resolución 1782 de 2009 del Ministerio de Transporte, por incurrir en la conducta descrita en el artículo 1° del código 560 de la Resolución 10800 de 2003.

5.- ACTUACIÓN PROCESAL

Por reparto del 3 de febrero de 2017, le correspondió a éste Despacho el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 167 C.1), por auto del 15 de febrero de 2017, se inadmitió la demanda (fls.169 a 171 C.1), subsanada la misma (fls. 173 a 174 C.1) se admitió mediante auto del 14 de marzo de 2017 (fls. 177 a 180 C1), providencia que se notificó a la entidad

demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico el día 14 de septiembre de 2017 (fls. 183 a 186 C 1).

La Superintendencia de Transporte contestó la demanda el 5 de diciembre de 2017 (fls. 189 a 203 C1) y propuso excepciones, de las cuales se corrió el traslado respectivo (fl.209 C.1), con manifestación de la parte demandante (fls. 210 a 214 C.1).

Mediante auto de fecha 5 de abril de 2019 (fl. 341 C.2), se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Transporte, y se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial para el día 10 de mayo de 2019 (fl.341 C.2), la cual por solicitud del apoderado de la parte demandada fue aplazada (fl 342 C. 2), por auto del 8 de mayo de 2019 (fl. 344 C. 2) se fijó nueva fecha para realizar la audiencia inicial, para el 8 de julio de 2019.

En la fecha programada se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, en la que se realizó el control de legalidad, saneamiento, se fijó el litigio, en la etapa de conciliación la Superintendencia de Transporte, aportó acta del comité de conciliación en la cual propuso fórmula conciliatoria, la cual fue rechazada por la parte actora en razón a que la misma no contenía la forma en que realizaría la devolución del dinero por lo que se declaró fallida, se decretaron las pruebas en las que se incorporaron las documentales aportadas tanto por la parte demandante como por la demandada, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión (fls. 428 a 431 C.2)

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la apoderada de Coltanques S.A.S, presentó los alegatos de conclusión (fls. 453 a 455).

5.1. Alegatos de conclusión

5.2 Parte demandante

La apoderada de la parte actora, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, principalmente en lo concerniente a la operancia del silencio administrativo positivo y pérdida de competencia, por cuanto la entidad demandada no decidió y notificó la resolución que desató el recurso de apelación dentro del término conferido en la ley, conforme lo dispone el artículo 52 del CPACA, en tanto el recurso fue interpuesto el día 18 de agosto de 2015 y la decisión que desató el recurso se notificó el 1 de septiembre de 2016, transcurrido más de un año.

De igual forma, aduce la vulneración del principio de legalidad, pues señala se aplicaron normas no vigentes en el proceso sancionatorio, habida cuenta que el decreto 3366 de 2003, fuera suspendido, en primera medida el 22 de mayo de 2008 y luego declarado nulo mediante fallo proferido por el Concejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de mayo de 2016, que como consecuencia de lo anterior se generó el decaimiento de la Resolución 10800 de 2003, la cual tipifica los códigos de infracción referidos en el Decreto 3366 de 2003, implicando que el informe de infracciones del 2 de diciembre de 2009, no está amparado en ninguna norma legal al momento de ser expedido, habida cuenta la suspensión de la norma desde el año 2008, para lo cual se apoya en el concepto proferido por el Concejo de Estado el 5 de marzo de 2019 (fls. 453 a 455 C.2).

5.3 Parte demandada

La Superintendencia de Transporte no presentó alegatos de conclusión.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones No. 13265 del 17 de julio de 2015, No. 30924 del 15 de julio de 2016 y No. 39766 del 17 de agosto de 2016, mediante las cuales se declaró responsable y se sancionó a la sociedad demandante por infringir las normas de tránsito y se resolvió los recursos de reposición y apelación, o si por el contrario los mismos se encuentran ajustados a derecho.

3. Análisis del Despacho

En primer lugar, el Juzgado analizará las pruebas aportadas al proceso, con el objeto de establecer si se configuran los cargos de nulidad invocados. Al respecto se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- El 14 de diciembre de 2012, se impuso informe único de infracciones de Transporte No. 352943, del vehículo de placas SZN194, que transportaba carga para la empresa Coltanques S.A.S, por trasgredir presuntamente el código de

infracciones 560 del artículo 1 de la Resolución 10800 de 2003. (fl. 347 a 349 C.2).

- A través de la Resolución 019272 del 26 de noviembre de 2014, el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor abrió investigación administrativa en contra de la empresa Coltanques S.A.S, por la presunta trasgresión del código de infracción 560 del artículo 1 de la Resolución 10800 de 2003, en concordancia con lo normado en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, (fls. 350 a 351). La cual fue notificada a la investigada por aviso el 15 de diciembre de 2014 (fls. 356 a 357 C.2).
- Por escrito visible a folio 277 a 294 C2 la sociedad demandante presentó los descargos a los cargos que le fueran formulados a través de la anterior resolución.
- Mediante Resolución 13265 del 17 de julio de 2015, el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor de la Superintendencia de Transporte falló la investigación administrativa, declaró responsable a la empresa Coltanques S.A.S, por incurrir en la conducta descrita en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1993, modificado por el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011, en concordancia con lo normado en el artículo 8° de la Resolución 4100 de 2004, del Ministerio de Transporte, modificada por el artículo 1° de la resolución 1782 de 2009, por incurrir en la conducta descrita en el artículo 1°, código 560 de la Resolución 10800 de 2003, e impuso sanción consistente en multa equivalente a 26.5 SMLMV. Dicho acto administrativo fue notificado por aviso el 3 de agosto de 2015 (fls. 358 a 369 y vlto. C. 2).
- Mediante radicado No. 2015-560-059916-2 del 18 de agosto de 2015, la empresa demandante Coltanques S.A.S, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto sancionatorio (fls.378 a 392 C 2).
- El Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor de la Superintendencia de Transporte, a través de Resolución 30924 del 15 de julio de 2016, resolvió adversamente el recurso de reposición, redujo la sanción impuesta a 5 SMLMV y confirmó en los demás apartes la Resolución 013265 del 17 de julio de 2015 (fls.398 a 407 C.2)
- Mediante Resolución 39766 del 17 de agosto de 2016, el Superintendente de Transporte, resolvió el recurso de apelación confirmando la resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015, modificada mediante la resolución No. 30924 del 15 de julio de 2016, que resolvió el recurso de reposición. El acto administrativo fue notificado por aviso el 1 de septiembre de 2016 (Fls. 416 a 427 C.2).
- El 29 de agosto de 2016, mediante radicado No. 2016-560-070688-2,

Coltanques S.A.S, presento solicitud de aplicación del silencio administrativo ante la Superintendencia de Transporte (fls. 141 a 146 C. 1).

- Con radicado No. 2016-560-081346-2, del 27 de septiembre de 2016, la demandante solicito, ante la Superintendencia de Transporte revocatoria directa de los actos administrativos demandados (fls. 147 a 156 C.1).

6- PREMISAS JURÍDICAS

Establecido lo probado en el proceso y teniendo en cuenta que uno de los cargos de la demanda fijados en litigio se refiere a la perdida de la facultad sancionadora de la Superintendencia de Transporte, por no haber decidido y notificado la resolución que resolvió el recurso de apelación dentro del término conforme a los preceptos del artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por efectos metodológicos se procederá en primer lugar a resolver dicho cargo y una vez superado su análisis y en el evento de que por dicho cargo no se llegue a la conclusión de ilegalidad de los actos demandados, se procederá a estudiar los demás cargos propuestos en el libelo de la demanda.

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 52 del CPACA., para establecer si la Superintendencia de Transporte, perdió o no competencia para decidir el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Coltanques S.A.S, contra la resolución sancionatoria, al permitir que trascurriera más de un año entre la fecha de radicación de los recursos y la fecha de la notificación del acto administrativo a través del cual los resolvió, conviene traer a colación el contenido del mencionado artículo ídem, el cual establece:

“CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de **los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.**”* (Negrilla del juzgado).

Con fundamento en lo anterior, las entidades administrativas siempre que adelanten investigaciones, conforme a la facultad sancionatoria, están sujetas a realizar el procedimiento, observando los principios de la función administrativa y deben proferir las decisiones respectivas en los plazos indicados, esto es: i) **3 años**

para decidir y ii) 1 año para resolver los recursos presentados, so pena de entenderse fallados a favor del recurrente.

En el caso concreto, la Sociedad demandante Coltanques S.A.S., señala que la entidad demandada Superintendencia de Transporte, desconoció lo previsto en el artículo 52 del CPACA., en razón a que la resolución que decidió el recurso de apelación se notificó por fuera del término de un (1) año contemplado en dicha norma, en este punto el Juzgado advierte que de conformidad con el acervo probatorio antes reseñado, la investigación administrativa se inició por Resolución No. 19272 del 26 de noviembre de 2014 (fls. 272 a 273 C. 2), en virtud del informe único de Infracción de Transporte No. 352943 del 14 de diciembre de 2012, impuesto al vehículo de placas SZN-194, el cual transportaba mercancía para la empresa Coltanques S.A.S., por presunta trasgresión al artículo 1 de la resolución 10800 de 2003, código de infracción No. 560, en consecuencia, la normativa aplicable conforme a lo ya explicado es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por tanto, la facultad administrativa sancionatoria que ostenta la Superintendencia de Transporte se encuentra supeditada a los términos de caducidad previstos en el precitado artículo 52.

Para solucionar el problema jurídico planteado en lo referente a la caducidad de la facultad sancionatoria, el juzgado atiende por utilidad conceptual, lo expuesto por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, en cuanto precisó que dentro del referido plazo, se debe realizar la notificación del acto, así:

(...)

d) En esa perspectiva para la Sala es claro que la obligación de decidir los recursos en el término de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término, toda vez que conforme al artículo 87 ibídem solo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos se imprime firmeza a la decisión sancionatoria que resuelve una situación jurídica particular² y, en virtud del artículo 85 ídem para protocolizar el silencio administrativo positivo en los casos de no decisión oportuna de un recurso el gobernado debe efectuar una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 2016. MP. Fredy Ibarra Martínez. Expediente: 11001-33-34-002-2015-00190-01.

² Al respecto, debe traerse a colación que en el XVI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que tuvo ocasión los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010 en la ciudad de Cartagena, específicamente en la mesa de trabajo liderada por el Consejero de Estado Álvaro Namen Vargas, el entonces Magistrado y hoy Consejero de Estado, Carlos Enrique Moreno Rubio planteó la postura de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionada con la necesidad de abordar en el proyecto del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo la temática de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria en la resolución de los recursos contra los actos administrativos sancionadores y resolver la tricotomía interpretativa que se había planteado con las tres tesis del Consejo de Estado; oportunidad en la que al referirse al contenido y alcance de la palabra "decidir" se asimiló la misma al término de ejecutoria del acto administrativo, toda vez que antes de su notificación y ejecutoria no puede entenderse que la administración ha adoptado la decisión, como en efecto se incorporó al proyecto que fue llevado al Congreso de la República y aprobado en la Ley 1437 de 2011.

dentro del término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

e) En consecuencia, la Sala advierte que hacer una interpretación en sentido contrario, como lo propone la Superintendencia de Industria y Comercio, implicaría: (i) desconocer el contenido y alcance sistemático de las disposiciones procedimentales administrativas a que se ha hecho referencia, (ii) restarle efecto útil a la prescripción del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, desatendiendo las consecuencias de la caducidad de la facultad sancionatoria y la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, (iii) desconocer al administrado su derecho a: i) obtener oportuna resolución de sus peticiones -en la modalidad de recursos-³, ii) beneficiarse de las consecuencias de los actos administrativos fictos positivos que la normatividad prevé en su favor; iii) la oportuna definición de su situación jurídica particular, (iv) atender contra la seguridad jurídica, habida consideración que si para el administrado nace el derecho a protocolizar el silencio administrativo positivo en su favor a partir del día siguiente al transcurrir el término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, mal podría pensarse que después de agotado tal término (en cualquier momento) la autoridad administrativa podría sorprender al particular con la notificación de un acto que, aunque proferido dentro del periodo de un año, le es desfavorable a sus pretensiones y desconoce los efectos del silencio administrativo positivo...”

Agregó el Tribunal que la Corte Constitucional en la sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011 a través de la cual se declaró exequible el siguiente aparte del inciso primero del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011: “Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente”, consideró que esa Corporación:

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

Así mismo, en la sentencia del 21 de septiembre de 2017, radicado 11001-33-34-004 2016-00019-01, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Primera, M.P., Dr. Fredy Ibarra Martínez, consideró:

“d) Ahora bien, en cuanto al contenido y alcance del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 la Sala reitera lo analizado y aplicado en oportunidad anterior⁴,

³ Corte Constitucional, Sentencia T-181 del 22 de febrero de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

“Al respecto, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que si el derecho de petición tiene por objeto obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos ante la administración deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 Superior. De tal forma que si la administración no tramita o no resuelve los recursos dentro de los términos señalados legalmente, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legitima al solicitante para presentar la respectiva acción de tutela para salvaguardar su derecho fundamental”.

⁴ Sentencia de 23 de junio de 2016, expediente no. 110013334004201500087-00, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón; Sentencia de 28 de septiembre de 2016, exp. no. 11001-33-34-003-2015-00098-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez; Sentencia de 22 de septiembre de 2016, exp. no. 11001-33-34-002-2015-00190-01, actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP, MP Dr. Fredy Ibarra Martínez y Sentencia de 17 de Noviembre de 2016, exp. no. 11001-33-34-001-2015-00333-01, actor:

en los siguientes términos:

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

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

(iii) Por consiguiente, el texto normativo sugiere valorar, de un lado, el contenido y alcance de la expresión "dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver", con el fin de reconocer los efectos que la superación del precitado término tienen sobre la facultad sancionatoria de la autoridad administrativa (pérdida de competencia por caducidad) y los derechos del administrado (silencio administrativo positivo, con las consecuencias de definición de su situación jurídica concreta y entender satisfechos sus derechos con la omisión de la administración).

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

(iv) **En esa perspectiva para la Sala es claro que la obligación de decidir los recursos en el término de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto**

administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término, toda vez que conforme al artículo 87 ibídem solo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos se imprime firmeza a la decisión sancionatoria que resuelven una situación jurídica particular⁵ y, en virtud del artículo 85 ídem para protocolizar el silencio administrativo positivo en los casos de no decisión oportuna de un recurso el gobernado debe efectuar una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011."
(Negrilla es nuestra)

De la norma y de los fallos citados, se infiere que con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo, el legislador introdujo en su artículo 52 la figura del silencio administrativo positivo considerado ajustado a los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, pues, corresponde al Estado definir la situación jurídica de los administrados en tiempo, por lo que, ante la ausencia de respuesta de la administración en los tiempos establecidos por el legislador frente a un requerimiento específico del administrado, en este caso, la interposición de los recursos, se entienden resueltos a su favor.

De lo expuesto se colige entonces que para la resolución de los recursos en sede administrativa, el silencio administrativo positivo contemplado en el mencionado artículo 52 ibídem, opera cuando los actos que deciden los recursos oportunamente interpuestos no han sido emitidos y notificados dentro del término consagrado para tal efecto, es decir, el de un (1) año para ejecutar las acciones antes dichas.

En cuanto a la naturaleza y los requisitos del silencio administrativo positivo el Consejo de Estado⁶, en reciente pronunciamiento señaló:

"En relación con el silencio administrativo positivo, la Sala ha señalado que se trata de un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, tiene un efecto que puede ser negativo o positivo.

⁵ Al respecto, debe traerse a colación que en el XVI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que tuvo ocasión los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010 en la ciudad de Cartagena, específicamente en la mesa de trabajo liderada por el Consejero de Estado Álvaro Namen Vargas, el entonces Magistrado y hoy Consejero de Estado, Carlos Enrique Moreno Rubio planteó la postura de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionada con la necesidad de abordar en el proyecto del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo la temática de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria en la resolución de los recursos contra los actos administrativos sancionadores y resolver la tricotomía interpretativa que se había planteado con las tres tesis del Consejo de Estado; oportunidad en la que al referirse al contenido y alcance de la palabra "decidir" se asimiló la misma al término de ejecutoria del acto administrativo, toda vez que antes de su notificación y ejecutoria no puede entenderse que la administración ha adoptado la decisión, como en efecto se incorporó al proyecto que fue llevado al Congreso de la República y aprobado en la Ley 1437 de 2011.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, expediente 73001-23-33-000-2014-00219-01 [21805], Sentencia del 25 de abril de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

En el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable. **La configuración del silencio positivo genera un acto presunto que tiene que ser respetado por la Administración. En otras palabras, una vez se ha producido el silencio positivo, la Administración pierde competencia para decidir la petición o recurso respectivos.** Así las cosas, como lo ha sostenido esta Sección, para que se configure el silencio positivo se deben cumplir tres requisitos: i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición, recurso etc.; ii) que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo; y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Respecto de este último requisito, **se debe entender que dentro del plazo señalado no solo debe emitirse la decisión, sino notificarse en debida forma**" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Así, respecto al momento de la configuración del silencio administrativo, la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, estableció⁷:

"(...) Por otra parte, el silencio de la Administración puede tener efectos estimatorios, es decir, únicamente en los casos en los cuales las disposiciones especiales así lo indiquen, **luego de transcurrido el plazo para expedir una decisión, sin que se hubiere notificado decisión alguna**, ese silencio de la autoridad equivale a una decisión positiva, esto es como si la Administración hubiere accedido a la petición del administrado, es lo que se conoce como silencio administrativo positivo. Según la doctrina, **la finalidad o fundamento del silencio administrativo positivo, consiste en evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que a toda persona le asiste el derecho de que las solicitudes sean resueltas en forma oportuna.** Asimismo se ha dicho que la finalidad intrínseca de esta figura dice relación con dar agilidad administrativa a determinados sectores (...)" (Destaca el Despacho).

En el mismo sentido, la dicha Corporación, sostuvo:

"(...) Ahora bien: **tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad**, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y **en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo (...)**"⁸ (Destaca el Despacho).

De ahí que, se precisa, para el caso del artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término para resolver los recursos y notificar la decisión expresa, es de un (1) año contado a partir de la interposición y, la consecuencia jurídica, de no hacerlo en dicho lapso, es la pérdida de competencia, por lo que se entenderán fallados a favor del recurrente.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 12 de mayo de 2010, Radicado 25000-23-26-000-2009-00077-01 (37446), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia del 14 de marzo de 2002, Radicado 25000-23-27-000-2001-0540-01 (ACU-1250), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

En el asunto sub examine, conforme al acervo probatorio en acápite atrás relacionado, encuentra el Despacho que mediante la Resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015, el Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte Terrestre Automotor, declaró responsable a la empresa Coltanques S.A.S, al incurrir en la conducta descrita en el código de infracción 560 de la Resolución 10800 de 2003, proferida por el Ministerio de Transporte, en atención a lo normado en el literal d) del artículo 46 de la Ley 336 de 1996, en concordancia con lo normado en el artículo 96 de la Ley 1450 de 2011, y una sanción de multa por 26.5 SMLMV, equivalentes a \$15.017.500,00, cuyo pago ordenó en el término de 5 días a partir de su ejecutoria (fls.78 A 87 C. 1).

Contra el anterior acto administrativo sancionatorio, la Empresa Coltanques S.A.S., el 18 de agosto de 2015, en tiempo interpuso y sustentó recurso de reposición y subsidiario apelación (fls. 90 a 122 C. 1).

La Superintendencia de Transporte, decidió el recurso de reposición mediante Resolución No. 30924 del 15 de julio de 2016, confirmando la anterior decisión sancionatoria, redujo la sanción impuesta a 5 SMLMV, \$2.833.500 y concedió el recurso de apelación ante el Superintendente de Puertos y Transporte (fls. 123 a 132 C.1).

El recurso de apelación se decidió por la entidad demandada Superintendencia de Transporte mediante la Resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016, confirmado la decisión adoptada en la Resolución 13265 del 17 de julio de 2015, modificada mediante la Resolución No. 30924 del 15 de julio de 2016, que resolvió el recurso de reposición, por la cual se sancionó a la empresa Coltanques S.A.S., con multa 5 smlmv equivalentes a \$2.833.500 (fls. 136 a 139 C.1).

La notificación de la precitada resolución, se surtió por aviso el día 01 de septiembre de 2016, conforme a lo dispuesto por el artículo 69º del CAPCA., teniendo en cuenta que de conformidad con la guía de trazabilidad y el certificado de entrega de la empresa de correos 472 visible a folios 420 vlto y 421 vuelto del C. 2, del expediente, la entrega del citado oficio se realizó a la empresa Coltanques S.A.S., el día 1 de septiembre de 2016.

Conforme a lo anterior, si los recursos de reposición y subsidiario apelación, los presentó la hoy demandante, el día 18 de agosto de 2015, el término con el que contaba la Superintendencia de Transporte para resolverlos, vencía el día 18 de agosto de 2016, término dentro del cual atendiendo el tenor literal del artículo 52

º CPACA, Artículo 69 "Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino. (...)"

del CPACA, así como la jurisprudencia atrás reseñada, dicha entidad debió decidir el recurso de apelación y notificar la respectiva decisión dentro de ese lapso, sin embargo no lo hizo pues la notificación de la Resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016 a la Sociedad demandante Coltanques S.A.S., sólo se efectuó hasta el día 1 de septiembre de 2016, esto es, superando el término del año previsto por la norma analizada en precedencia.

Conforme a lo expuesto, para el Despacho es evidente que la obligación que les asiste a las autoridades administrativas de decidir los recursos dentro del (1) año previsto en el artículo 52 de CPACA, no concluye con la sola expedición formal del acto administrativo, pues bajo los postulados de la mencionada norma también se requiere que el acto administrativo que los resuelve, se haya notificado al investigado dentro de ese mismo lapso, toda vez que en los términos del artículo 87 ídem, sólo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos, es que se da firmeza a la decisión sancionatoria que resuelve una situación jurídica particular. En ese orden de ideas, si ha transcurrido un tiempo superior a un (1) año sin que se haya dictado y notificado la resolución que ponga fin a la actuación administrativa correspondiente, la administración pierde la competencia para pronunciarse.

Llegar a una conclusión diferente desconocería los postulados de la norma analizada y los preceptos jurisprudenciales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que ya han definido situaciones análogas, aspecto que desconocería el verdadero sentido y alcance de la Ley, contrariando con ello la seguridad jurídica que asiste a los administrados.

Ahora bien, del estudio efectuado en el sub examine es evidente que el término de un (1) año para resolver y notificar los recursos interpuestos por la empresa Coltanques S.A.S., fenecieron al haber solamente proferido dentro del término del año el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación, configurándose en favor de la demandante el silencio administrativo positivo, bajo cuyos efectos se debe entender fallado en favor de la demandante dicho recurso contra la Resolución 13265 del 17 de julio de 2015, por la cual se le declaró responsable de la infracción a las normas de transporte e impuso una sanción.

Así las cosas, encontrándose demostrado en el sub examine que la Superintendencia de Transporte, notificó el recurso de apelación incoado subsidiariamente contra la Resolución No. 13265 del 17 de julio de 2015, estando deshabilitada su competencia, circunstancia por la cual se configura la caducidad de la facultad sancionatoria de dicha autoridad administrativa, por lo que se arriba a la conclusión que el cargo endilgado con la demanda en este sentido debe prosperar.

En virtud de lo anterior, debe precisar el Despacho que la prosperidad del cargo atrás analizado, implica también el reconocimiento del silencio administrativo

positivo respecto del recurso de apelación y por ende sus efectos se extienden a la declaratoria de nulidad sobre las Resoluciones No. 13265 del 17 de julio de 2015, la No. 30924 del 15 de julio de 2016 y la No. 39766 del 17 de agosto de 2016, por las cuales le declaró responsable de infracción a las normas de transporte, impuso sanción y confirmó dicha decisión.

Ante la prosperidad del cargo de nulidad antes analizado, el Juzgado se releva de realizar el estudio de los demás cargos formulados por la parte actora¹⁰.

Así las cosas, se declarará no probadas la excepciones de improcedencia de las pretensiones, falta de causa para demandar, inexistencia de causales de nulidad, buena fe. Advirtiendo que el Despacho no encuentra circunstancias que puedan constituir alguna otra excepción de mérito o de fondo.

A título de restablecimiento del derecho la empresa Coltanques S.A.S, solicitó se le absuelva de toda responsabilidad y sanción que le fue impuesta por la Superintendencia de Transporte, y se declare que la demandante no tiene ninguna obligación de pago de la respectiva sanción impuesta en la resolución No. 39766 del 17 de agosto de 2016.

Al respecto, es del caso indicar que la demandante no acreditó el pago de la sanción, por lo que los efectos de la nulidad de los actos acusados conllevan a determinar que no está obligada a cancelar valor alguno por tal concepto y en caso de que lo haya hecho, la demandada le devolverá el referido pago, en los términos dispuestos en el artículo 192 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en el último inciso del artículo 187 ídem.

7. Condena en costas

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁰ El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos entre los que se destacan las Sentencias del 31 de mayo de 2012 (Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2007-00232-01(18227) Actor: Rafael Alberto Galvis Chaves Demandado: Distrito Capital de Bogotá. M.P. William Giraldo Giraldo) y 6 de abril de 2011 (Sección Tercera Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483) Actor: Karina Cabrera Donado. Demandado: Municipio de Chima-Córdoba) ante la acreditación de uno de los cargos que conlleva a la nulidad del acto se releva del estudio de los demás cargos formulados.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de improcedencia de las pretensiones, falta de causa para demandar, inexistencia de causales de nulidad, buena fe, alegadas por la Superintendencia de Transporte, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 13265 del 17 de julio de 2015, la No. 30924 del 15 de julio de 2016 y la No. 39766 del 17 de agosto de 2016, por las cuales la Superintendencia de Transporte, declaró responsable de infracción a las normas de transporte, resolvió de manera adversa el recurso de reposición y decidió el recurso de apelación, confirmando la sanción impuesta en el acto sancionatorio recurrido.

TERCERO: A título de restablecimiento **DECLÁRAR** que la Sociedad Coltanques S.A.S., no está obligada a cancelar valor alguno a favor de la Superintendencia de Transporte y en caso de que se haya realizado deberá devolverlo a la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 365, numeral 8 y 366 del Código General del Proceso

QUINTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'ERICSON SUESCUN LEÓN'. To the right of the signature is a circular official seal. The seal contains the text 'Juzgado Tercero Administrativo Circuito de Bogotá' and a central emblem.

**ERICSON SUESCUN LEÓN
JUEZ**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A., ESP
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RADICACIÓN: 11001 33 34 003-2018-00026-00

I.- LA ACCIÓN

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sociedad Colombia Telecomunicaciones, S.A., ESP, actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1.- DECLARACIONES Y CONDENAS

1- Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 47438 del 22 de julio de 2016, 25133 del 12 de mayo de 2017 y 45614 del 31 de julio de 2017, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales se impone una sanción de multa por la suma de \$68.945.500 a la demandante y se resuelven de manera adversa los recursos de reposición y subsidiario apelación, interpuestos contra la anterior decisión sancionatoria.

2- A título de restablecimiento del derecho se orden el reembolso a favor de Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP del valor pagado por concepto de la sanción impuesta, debidamente indexado y demás sumas que la demandante haya tenido que cancelar con ocasión de la expedición de los actos que se demandan.

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, se resumen de la siguiente manera:

1.- Manifiesta que la señora Leidy Yohana Malagón Arcila, presentó queja ante la SIC por presunto incumplimiento por parte de la demandante al deber de

remitir el expediente a la SIC, en relación con el recurso de apelación interpuesto por ella el 4 de septiembre de 2013, identificado con CUN 44331305011865.

2.- Aduce que en virtud de lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación administrativa y formuló pliego de cargos en su contra, por presuntamente haber incurrido en las infracciones contempladas en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC

3.- Manifiesta que rindió los descargos, no obstante la demandada por Resolución No. 47438 de 2016, decidió sancionar a la Sociedad Colombia Telecomunicaciones, por haber incumplido lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

4.- Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación por la indebida valoración probatoria, en ellos se indicaron las razones por las cuales, la sancion impuesta carece de todo fundamento.

5.- La Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución No. 25133 de 2017, resolvió el recurso de reposición confirmado en su integridad la resolución contentiva de la multa interpuesta.

6.- posteriormente al desatar el recurso de apelación, La Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor, Mediante Resolución No. 45614 de 2017, confirmó la sancion impuesta.

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por el demandante se pueden concretar de la siguiente forma:

Primer Cargo: FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

Sostiene que no trasgredió las normas señalas como infringidas por la SIC, por cuanto atendiendo la materia de lo solicitado por la usuaria, no era su deber remitir el expediente a dicha entidad para que resolviera el recurso de apelación, ello porque afirma, la solicitud trataba sobre el desbloqueo del equipo celular y dicho tema no se encuentra establecido dentro de las causales por las cuales se debe dar trámite a la apelación.

Señala que los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad por cuanto no cumplen los supuestos establecido en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por falta de motivación, pues a su parecer los actos administrativos expedidos por la SIC, no cuentan con el sustento y justificación en cuanto a las razones de hecho y de derecho que los fundamenta.

Argumentas que la SIC en el desarrollo de la investigación administrativa no tuvo en cuenta circunstancias que debieron ser valoradas en relación con las pruebas aportadas, según las cuales debía ser exonerada de responsabilidad en atención que los hechos motivo de la sanción no son y no podían ser atribuibles a la demandante como infracción.

Segundo Cargo: TRASGRESIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACION ADMINISTRATIVA:

El actor señala que en la expedición de los actos administrativos demandados se advierte una serie de irregularidades procesales las cuales devienen en una vulneración al debido proceso, las cuales divide en dos aspectos:

- **Indebida determinación y tasación de la sanción.** Señala que la sanción no resulta razonable ni proporcionada pues se incumplió lo dispuesto en el inciso final del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto en el acto administrativo no se incluyó la valoración de cada uno de los criterios para la definición de la sanción.
- **Indebido ejercicio de la potestad sancionatoria,** por violación de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad. Indica que no existe correspondencia entre la actuación de la SIC y los fines que el ordenamiento jurídico ha fijado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

Se opone en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Respecto a los cargos, manifiesta que la actuación administrativa se adelantó conforme a la ley, los actos administrativos fueron motivados conforme los hechos que se encontraron probados, indica que las resoluciones acusadas señalan de manera puntual y efectiva las disposiciones trasgredidas, la conducta perpetrada por la demandante, así como las consecuencias legales de dicho incumplimiento, alude que la SIC como autoridad administrativa competente

para ejercer la vigilancia, control y protección de los derechos de los consumidores en materia de servicios de comunicaciones, se ajustó plenamente al trámite administrativo previsto en la normatividad que versa sobre la materia, respetándole al demandante los derechos al debido proceso, comunicación, contradicción a la defensa y además los elementos probatorios fueron valorados en debida forma.

Finaliza diciendo que los actos administrativos acusados, se ajustan al ordenamiento legal, se encuentra debidamente motivados, gozan de legalidad y las sanciones impuestas con dichos actos a la sociedad Colombia Telecomunicaciones, se encuentran fundamentados en los supuestos fácticos y jurídicos del caso a la norma preestablecida que permitió que la sanción objeto del reproche se encontrara sujeta al ordenamiento jurídico; por lo que considera que los cargos elevados por la demandante no deben prosperar por carecer de asidero jurídico y sustento legal.

TERCERO INTERESADO; no efectuó pronunciamiento.

5.- ACTUACIÓN PROCESAL

Por reparto del 30 de enero de 2018, le correspondió a éste Despacho el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fl.68), por auto del 28 de febrero de 2018, se admitió la demanda (fls. 70 a 73), y se vinculó como tercero con interés a la señora Leidy Johanna Malagón Arcila, providencia que se notificó a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico del día 19 de julio de 2018 (fls. 76 a 79) y al vinculado tercero con interés, por aviso, el 20 de septiembre de 2018 (fls. 87, 106 y 107).

Mediante providencia del 5 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin pronunciamiento del tercero y se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial para el día 28 de mayo de 2019 (fl.109).

La audiencia inicial se llevó a cabo en la fecha programada, en la que se realizó el control de legalidad, saneamiento, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas en la que se incorporaron las documentales aportadas tanto por la parte demandante como por la demandada, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión (fls. 111 a 113)

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes, presentaron los alegatos de conclusión (fls. 118 a 132).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1 - Parte demandante Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

La apoderada de la parte demandante hace énfasis en los cargos que fueron planteados con la demanda y expone lo concerniente a la procedencia de los recursos, señalando lo previsto en el Art. 54 y el artículo 47.3 literal C) de la resolución 3066 y aduce que la SIC ha mal interpretado la norma en mención, teniendo en cuenta que la petición inicial de la quejosa no podía ser tramitada vía recurso de reposición y en subsidio el de apelación, teniendo en cuenta que la inconformidad de la usuaria, no se remite a una queja generada por las temáticas que taxativamente exponen los artículos mencionados en precedencia esto es negativa del contrato, suspensión, terminación corte y facturación, por lo que en el caso que nos ocupa se trataba de un bloqueo de equipo celular, asunto que no se encuentra expresamente indicado en la norma en comento, razón por la cual no es susceptible de ser tramitada vía recurso.

Finalmente la actora reitero los demás argumentos expuestos en la demanda y solicitó acceder a las pretensiones de la misma (fls. 118 a 124).

6.2 - Parte demandada Superintendencia de Industria y Comercio

Reiteró en su totalidad los argumentos expuesto en la contestación de la demanda, y señala que los argumentos de la actora no son de recibo, para esa entidad, toda vez que en la actuación administrativa quedo demostrado que Colombia Telecomunicaciones, informo y concedió los recursos de Ley en la respuesta emitida, dentro de la decisión empresarial del 28 de agosto de 2013, por consiguiente, si el operador en respuesta al recurso de reposición concedió el recurso de apelación, debió enviar el expediente a la SIC para que fuera resuelto, por consiguiente al otorgar dicho recurso, ya crea un derecho al usuario.

Aclara que el desbloqueo del IMEI, si bien no se circunscribe a los eventos taxativamente dispuestos por el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, el mismo se relaciona intrínsecamente con la suspensión del servicio, toda vez que ante la imposibilidad de utilizar un equipo terminal, resulta inocuo para un usuario la prestación del servicio, ya sean datos y llamadas para un teléfono móvil, por consiguiente el usuario tiene el derecho de considerar impertinente sufragar un servicio que no se encuentra disfrutando.

Señala que los actos administrativos acusados no son nulos, por el contrario se ajustan al ordenamiento legal, se encuentran debidamente motivados, gozan de legalidad y las sancion impuestas con dichos actos a la demandante se encuentran fundamentados en los supuestos facticos y jurídicos del caso a la

norma preestablecido para ello, por lo que solicita desestimar las pretensiones de la demanda por carecer de asidero jurídico y sustento legal.

reiterar por lo que aduce que no ha incurrido en aplicación errónea o indebida de las normas, como equivocadamente, dice lo hace ver la parte demandante en sus alegaciones, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda y se declare que los actos administrativos objeto de control se ajustaron a derecho.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, se debe establecer:

¿Las Resoluciones 47438 del 22 de julio de 2016; 25133 del 12 de mayo de 2017 y 45614 del 31 de julio de 2017, adolecen de nulidad por cuanto la investigada incurrió en la presunta trasgresión a lo señalado en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, esto es por no remitir el expediente relacionado con el recurso de apelación instaurado el 4 de septiembre de 2014, dentro del trámite empresarial identificado con CUN 44331305011865, actuación la cual dio origen a la investigación?

3. Análisis del Despacho:

En primer lugar, el Juzgado analizará las pruebas aportadas al proceso, con el objeto de establecer si se configuran los cargos de nulidad invocados. Al respecto se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- El día 4 de octubre de 2013, la señora Leidy Yohana Malagón, presentó queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio radicado No. 13-236404-00000-0000, argumentando presunto incumplimiento, por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, en cuanto al deber de remitir el expediente a la

Superintendencia de Industria y Comercio, en relación con el recurso de apelación interpuesto por ella en la fecha antes mencionada (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-00).

- La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 29500 del 30 de abril de 2014, dio apertura al proceso administrativo sancionatorio en contra de la Empresa Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, cuyo cargo se circunscribe al incumplimiento al deber de remitir el expediente, relacionado con el recurso de apelación instaurado el 4 de septiembre de 2013, dentro del trámite empresarial identificado CUN 44331305011865, vulnerando con ello el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011 (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-01).
- Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, presentó escrito de descargos el 1 de julio de 2014(Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-04).
- Mediante Resolución No. 76606 del 16 de diciembre de 2014, proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Comunicaciones, se decretó la práctica de pruebas, entre las cuales se incorporaron, la denuncia radicada ante la SIC, el 4 de octubre de 2013 y los descargos presentados por la investigada junto con sus anexos. (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-05).
- A través de la Resolución No. 47438 del 22 de julio de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, concluyó que la sociedad investigada incumplió su deber legal de remitir el expediente ante esa entidad con relación al recurso de apelación instaurado el 4 de septiembre de 2013, dentro del trámite empresarial identificado con CUN 44331305011865, vulnerando con ello el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011 y resolvió la investigación administrativa sancionatoria en contra de la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, e impuso sanción consistente en multa por la suma de \$68.945.500, equivalentes a 100 SMLMV (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-04).
- Con oficio radicado 13-236404-00014-0000 del 30 de agosto de 2016, la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, contra el acto administrativo sancionatorio (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-14).
- La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 25133 del 12 de mayo de 2017, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, contra la Resolución sancionatoria, confirmándola y concedió el recurso subsidiario de apelación (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-24).

- A través de la Resolución No. 45614 del 31 de julio de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 47438 del 22 de julio de 2016, confirmando la decisión adoptada a través del citado acto. (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-25).
- Según certificación de notificación del 5 de septiembre de 2017, expedido por la Secretaría General Ad-Hoc, de la Superintendencia de Industria y Comercio, el acto administrativo No. 45614 del 31 de julio de 2017, se notificó por aviso a la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P el 18 de agosto de 2017 (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-31).
- La la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P, mediante oficio radicado No.13-290621-00024-000 del 28 de agosto de 2017, informó a la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre parte del pago de la multa impuesta, por valor de \$34.472.750 (Exp. Adtivo CD, archivo 13_0236404-30).

III. PREMISAS JURÍDICAS

Procede el Juzgado a analizar los cargos formulados por la sociedad demandante así:

Primer Cargo: FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

La parte actora refiere la falta de motivación de los actos acusados, en razón a que según su criterio no trasgredió las normas señaladas como infringidas por la SIC, por cuanto atendiendo la materia de lo solicitado por la usuaria, no era su deber remitir el expediente a dicha entidad para que resolviera el recurso de apelación, ello porque afirma, la solicitud trataba sobre el desbloqueo del equipo celular y dicho tema no se encuentra establecido dentro de las causales por las cuales se debe dar trámite a la apelación.

Por su parte la SIC, refiere que el proveedor de servicios no puede exonerarse de responsabilidad al indicar que se trataba de un desbloqueo de un equipo terminal, y que esta razón no se circunscribe en los casos taxativos del art. 54 de la Ley 1341 de 2009, pues debe tenerse en cuenta que es a través de este equipo que el usuario satisface los productos ofrecidos por los operadores de comunicaciones.

Análisis del Juzgado

Observa el Despacho que en desarrollo de la investigación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio, advirtió sobre el incumplimiento por

parte del operador de servicios Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP, en lo atinente al deber de remitir la actuación adelantada en sede empresarial identificada CUN 44331305011865, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la decisión que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la usuaria, luego que la quejosa no se encontraba conforme con la respuesta inicial emitida por la investigada el 28 de agosto de 2013, respecto del desbloqueo de su equipo terminal, informándole además que teniendo en cuenta que el recurso de reposición y en subsidio el de apelación fue resuelto de forma desfavorable, le concedía el recurso subsidiario de apelación, por lo que remitía copia del expediente a la Superintendencia de Industria y Comercio para que desatara el recurso concedido. (CD- expediente administrativo, archivo13 -236404 fls. 16 - 17).

En tal sentido dicha circunstancia se traduce en la no garantía efectiva de los derechos del usuario del servicio, como se advierte del acto sancionatorio ya analizado, no obstante, que la demandante en el escrito de descargos adujo que no tenía a su cargo el deber de remitir el expediente toda vez que el motivo de inconformidad del usuario (desbloqueo del celular) no se circunscribía al conjunto de actos sobre los cuales caben recursos, sin embargo la denuncia presentada por la usuaria del servicio daba cuenta del incumplimiento por parte del proveedor de servicios, donde el mismo informo y concedió los recursos de ley, señalándole que enviaría el expediente a la SIC para que se desatara el recurso subsidiario de apelación, actuación omisiva que constituye la situación fáctica a partir de la cual se tipifican la transgresión a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la resolución CRC 3066 de 2011.

Bajo el anterior contexto, se advierte que en el presente asunto la sociedad demandante fue sancionada por vulnerar los derechos y garantías efectivas del usuario del servicio, contemplados en la Ley 1341 de 2009, en tanto no cumplió con la obligación de remitir a la Superintendencia de Industria y Comercio el expediente para resolver el recurso de apelación interpuestos en contra de las decisiones proferidas en primera instancia, frente a la reclamación efectuada por la usuaria Leidi Yohana Malagón Arcila, respecto del desbloqueo de su equipo terminal, proferida en virtud de las atribuciones conferidas a la SIC, configurándose la vulneración del artículo 54 de la citada Ley, y el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, que establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, cuyo tenor literal es:

“ARTÍCULO 54. RECURSOS. *Proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice el proveedor de servicios. El recurso de apelación lo resolverá la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control en materia de*

usuarios. Las solicitudes de los usuarios, así como los recursos de reposición y apelación, deberán resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recibo por el proveedor, o su interposición o recibo en la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control, respectivamente.

Este término podrá ampliarse por uno igual para la práctica de pruebas, de ser necesarias, previa motivación. **Transcurrido dicho término, sin que se hubiere resuelto la solicitud o el recurso de reposición por parte del proveedor, operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo y se entenderá que la solicitud, reclamación o recurso ha sido resuelto en forma favorable al usuario.**

El recurso de apelación, en los casos que proceda de conformidad con la ley, será presentado de manera subsidiaria y simultánea al de reposición, a fin que, si la decisión del recurso de reposición es desfavorable al suscriptor o usuario, el proveedor lo remita a la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control para que esta resuelva el recurso de apelación. Siempre que el usuario presente ante el proveedor un recurso de reposición, este último deberá informarle en forma previa, expresa y verificable el derecho que tiene a interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición, para que en caso que la respuesta al recurso de reposición sea desfavorable a sus pretensiones, la autoridad competente decida de fondo." (Negrillas no es del texto).

A su vez, el literal c) del numeral 47.3., Art. 47, Resolución CRC 3066 de 2011, dispone:

"En el trámite de los recursos de que trata el presente artículo, deberá darse cumplimiento a las siguientes reglas:

c) El proveedor cuenta con máximo cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la decisión que resuelve el recurso de reposición, para remitir el expediente completo a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- para que resuelva el recurso de apelación. Dicho expediente deberá ser remitido por el proveedor en medio físico o digitalizado, de conformidad con lo que para el efecto establezca la SIC (...)"

Por su parte, el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en el numerales 12, establece:

"ARTÍCULO 64. INFRACCIONES. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

(...)

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones. (...)" (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anteriormente considerado, es claro que en el caso en estudio, la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP, incurrió en la infracción contenida en las normas transcritas, como quiera que no dio trámite al recurso de apelación concedido a la usuaria, donde la investigada fue enfática al indicarle a la usuaria que en caso de no encontrarse conforme con lo decidido, podía hacer uso de los recursos legales, situación que aconteció y posteriormente al

resolver el recurso de reposición interpuesto por esta, confirmo lo decidido concediendo el recurso de apelación y además agrego que daría traslado del expediente para poder surtir dicho trámite, situación que no ocurrió, pues conforme a las pruebas obrantes en el expediente ya relacionadas y analizadas, se comprobó que la investigada estaba en la obligación de remitir el expediente a la SIC para que destara el recurso de alzada, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la decisión que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la usuaria, por cuanto así lo estableció en la respuesta dada a la peticionaria el 28 de agosto de 2013 (fl. 6-7 archivo 13_0236404-00), con CUN 44331304194894 y confirmada posteriormente mediante decisión empresarial identificada CUN 44331305011865 del 23 de septiembre de 2013, en ese orden de ideas, es evidente que la actora no cumplió con lo manifestado, conducta que se traduce en la no garantía efectiva de los derechos del usuario del servicio y de los efectos producidos por la decisión que de manera favorable al usuario fueron reconocidos al otorgarle el recurso de alzada ante la Superintendencia de Industria y Comercio en aplicación del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y lo dispuesto en el literal c) del numeral 47.3, del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Conforme al análisis efectuado se encuentra que los actos administrativos demandados están provistos de fundamentos de hecho y de derecho, que corresponden a la realidad fáctica observada en la actuación administrativa adelantada por la SIC.

Así las cosas, es procedente afirmar que por regla general, la carga de la prueba se encuentra radicada en cabeza de quien afirma determinados hechos, correspondiendo por ende a la parte actora demostrar con pruebas conducentes y pertinentes su cumplimiento, lo cual no ocurrió en este caso, puesto que de las pruebas recaudadas se evidencia que en efecto el recurso concedido a la usuaria no se surtió.

Se concluye entonces que en los actos administrativos demandados, se encuentra tipificada debidamente la conducta de la demandante Colombia Telecomunicaciones S.A ESP, toda vez que dentro de tales actos se exponen clara y precisas las razones que concurren para la imputación de la infracción de que trata el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, por el incumplimiento a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la resolución CRC 3066 de 2011, lo que da lugar a imponer la respectiva sanción, dada la naturaleza de la falta y por el hecho concreto de la omisión de la obligación que tenía de remitir a la SIC el expediente completo de la señora Leidy Yohana Malagón Arcila para resolver el recurso de apelación, con vulneración de los derechos del usuario del servicio.

Por lo anterior y teniendo en cuenta el análisis efectuado por el Despacho, considera ésta primera instancia que no son de recibo los argumentos en que se basa el cargo bajo estudio, en el sentido de que los actos demandados se expidieron con falta de motivación, dado que en la exposición de motivos que contienen los mismos se señala de manera precisa y clara las disposiciones transgredidas, las conductas en que el operador de servicios incurrió y las consecuencias legales, lo que quiere decir, que la motivación de los actos demandados fueron el resultado de la investigación administrativa sancionatoria adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio contra la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A., ESP, en la que conforme al acervo probatorio allegado al expediente administrativo quedó demostrado que la sociedad demandante no cumplió con el deber de remitir el expediente a la SIC, para que resolviera el recurso de apelación que en subsidio interpuso la usuaria antes mencionada, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, actuación que se subsumen en las infracciones contempladas en el numerales 12 de la ley ídem; pues aparece que la SIC en el acto administrativo por el cual impuso la sanción pecuniaria a la empresa demandante, realizó la debida adecuación típica de las conductas desplegada por el operador del servicio, y además, sustentó apropiadamente esta posición en los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y apelación en sede administrativa, que igualmente se demandan en el presente medio de control, circunstancias que se constituye en una infracción sancionable conforme a lo normado por los artículo 65 y 66 en la Ley 1341 de 2009, por la vulneración por parte del prestador del servicio del Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

En atención a las consideraciones anteriormente expuestas el cargo aquí analizado no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo: TRASGRESIÓN AL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUACION ADMINISTRATIVA- INDEBIDA DETERMINACION Y TASACION DE LA SANCION; INDEBIDO EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA POR VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, TIPICIDAD Y PROPORCIONALIDAD.,

El actor refiere que hubo, una Indebida determinación y tasación de la sanción, señala que esta última, no resulta razonable ni proporcionada pues se incumplió lo dispuesto en el inciso final del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto en el acto administrativo no se incluyó la valoración de cada uno de los criterios para la definición de la sanción, además la demandada incurrió en Indebido ejercicio de la potestad sancionatoria, por violación de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, indica que no existe correspondencia entre la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio y los fines que el ordenamiento jurídico ha fijado.

La SIC, manifiesta que la actuación administrativa se adelantó conforme a la ley, los actos administrativos fueron motivados conforme los hechos que se encontraron probados, se respetó el debido proceso y derecho de defensa de la investigada, la sanción impuesta resulta proporcional y razonada a los fines de la norma que la sustenta, y se indicó concretamente la conducta constitutiva de infracción.

Análisis del Despacho:

Para abordar los planeamientos de la actora, es necesario en primer término traer a colación los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009:

"Artículo 65.- Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.
3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso."

El artículo previamente transcrito, dispone que la persona natural o jurídica que cometa cualquiera de las transgresiones del artículo 64 ídem será sancionada.

Así entonces, el artículo 66 de la norma establece:

"Artículo 66. Criterios para la definición de las sanciones. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
2. Daño producido.
3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados."

Concluyese entonces que la SIC cuenta con 4 tipos de sanciones aplicables, dependiendo de la gravedad de la falta, el daño causado, la reiteración de la conducta y la proporcionalidad entre la conducta y la sanción, tal y como lo expresa el transcrito artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

En tal situación, le corresponde a la autoridad que ejerce facultades sancionatorias valorar los elementos materiales probatorios surgidos en el transcurso de la investigación, en tal sentido, del análisis del acápite acervo

probatorio, se hizo referencia a lo probado dentro del sub-examine, quedando determinado según la motivación expresa de los actos expedidos en la actuación administrativa que la investigación tenía como propósito establecer si existió incumplimiento por parte de la sociedad investigada, del artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, esto es el deber de remitir el expediente relacionado con el recurso de apelación instaurado el 4 de septiembre de 2013, por la usuaria Leydi Johanna Malagón Arcila, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que notifico la decisión que resolvió el recurso de reposición; comprobando la Superintendencia de Industria y Comercio conforme al análisis probatorio aportado que el proveedor investigado, posibilitó a la usuaria impugnar la decisión empresarial inicial y acudir a la SIC para que definiera en forma definitiva su solicitud de desbloqueo, concedió los recursos de ley y agregó que daría traslado del expediente para surtir dicho trámite, lo cual no ocurrió, motivo por el cual incumplió lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Ahora bien, como la acusación se concreta a que en el acto sancionatorio ni en los que lo confirmaron no se valoraron la totalidad de los criterios señalados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, para imponer la sanción, haciendo un análisis integral de la argumentación del acto sancionatorio Resolución 47438 del 22 de julio de 2016, se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró cada uno de los criterios que establece la norma y tuvo en cuenta para imponer la sanción, la gravedad de la falta.

Lo anterior, en tanto si bien en el acápite relativo a la sanción del acto acusado, la Superintendencia de Industria y Comercio valoró sólo el criterio 1 del artículo en cita (gravedad de la falta), del análisis integral del acto administrativo se deduce la valoración de los otros criterios, pues se hace alusión a la entidad que comporta la vulneración de las normas de Protección de los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones, y al desconocimiento a la autoridad de la cual esta investida la SIC al ser el órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor, de acuerdo a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 do 2011; y en la medida que a dicha autoridad le corresponde la función de velar por la efectividad de los derechos del consumidor, resaltando que éste ostenta un rango constitucional, ya que con el incumplimiento de la regulación enunciada, el proveedor del servicio desconoció el derecho de la usuaria a que su recurso de apelación fuera resuelto por la SIC, conducta con la cual inobservo lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Igualmente motiva el monto de la multa teniendo en cuenta la gravedad de la falta cometida, desde la perspectiva de la afectación del derecho del usuario, ya que con la conducta desplegada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. , al no remitir el expediente para que fuera resuelto el recurso de apelación interpuesto por la usuaria, implicó un desconocimiento al derecho fundamental al debido proceso previsto en la Constitución Política en su artículo 29, en la medida que la segunda instancia es una garantía procesal a favor del recurrente, en la cual el usuario, voluntariamente solicita que el ente de inspección, vigilancia y control, que para el caso es la Superintendencia de Industria y Comercio, resuelva de fondo sobre las decisiones adoptadas en primera instancia por el proveedor de servicios de comunicaciones, y en consecuencia, modifique , revoque o aclare la decisión empresarial.

De otra parte, dice se adecuó el monto de la sanción pecuniaria a dicho juicio de valor y a la finalidad perseguida por la norma, entendiéndose entonces analizada la proporcionalidad de la misma.

Ahora bien, la norma tantas veces citada no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios allí enunciados, sino que estos se constituyen en el marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponer las sanciones, por ello encuentra el Despacho que la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, sin que se evidencie una desviación de poder o violación al debido proceso en los actos administrativos demandados.

Se tiene entonces, que la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos acusados valoró el caso particular, la gravedad de la conducta estudiada, señalando claramente el criterio de graduación de la sanción, el cual fue la gravedad de la falta., razón por la cual, se encuentra que los actos acusados cumplieron los parámetros legales expuestos.

Así mismo, en cuanto a la proporción y monto de la sanción pecuniaria impuesta a la demandante, observa el despacho que luego de valorado el criterio que determinó la sanción impuesta a la actora Colombia Telecomunicaciones conforme al análisis atrás efectuado, la Superintendencia de Industria y Comercio contaba con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, para lo cual se trae a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado, respecto de una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, donde al estudiar el cargo sobre la multa impuesta, precisó:

*"Finalmente en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que **las sanciones impuestas en las resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.***

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda"¹ (Negrillas del Despacho).

En atención a la discrecionalidad con que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para graduar las sanciones, siempre que estén establecidas dentro del máximo consagrado por la norma. Es claro que la vulneración endilgada ha quedado desvirtuada, más aún cuando se estableció el criterio por el cual se hizo más gravosa la sanción impuesta.

.- Sobre la tipicidad en el derecho administrativo sancionador

La Corte Constitucional ha precisado el principio de tipicidad de las faltas e infracciones de la siguiente forma:

"(...) Por su parte, el principio de tipicidad se concreta a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto - la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción - y de la sanción - la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto - y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria"².

Así mismo, la alta Corporación, en relación a los elementos que debe contener una norma de carácter sancionatoria con relación al principio de tipicidad ha dicho:

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

- (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"³ (subrayado fuera del texto).*

En lo que respecta a los **principios de legalidad y tipicidad** de la falta esta se desprende del incumplimiento por parte de la demandante de remitir a la Superintendencia de Industria y Comercio el recurso de apelación interpuesto por la usuaria, y agregó que daría traslado del expediente para surtir dicho

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – C.P., María Claudia Rojas Lasso, 28 de enero de 2010- Ref. 2001-00364-01 – Actoras. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada – Andevip y Otros – Demandada – Superintendencia de Industria y Comercio.

² Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2012, Ref., expediente D-8984, M.P., Mauricio González Cuervo, actor: Rodrigo Paul Jiménez Martínez.

³ Corte Constitucional, Sentencia C- 343 de 2006, Ref., expediente D-6046, Demandante: Félix Antonio Quintero Chalarca

trámite, lo cual no sucedió, así como el desconocimiento a la autoridad de que se encuentra investida la SIC por ser el órgano de inspección, vigilancia y control en materia de protección al consumidor conforme a las facultades conferidas por la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, resaltándose por último que, en lo que tiene que ver con la proporcionalidad entre la falta y la sanción de la motivación expuesta en los actos acusados se evidencia que la sanción impuesta tiene pleno respaldo en la norma contenida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 que establece el monto máximo para las multas el cual es equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Corolario de lo expuesto, esta primea instancia considera que la multa impuesta no desconoció los principios de legalidad y tipicidad por cuanto desde la apertura de la investigación se informó a la actora, la conducta que daba lugar a la formulación de cargos, la sanción a imponer y la relación existente entre estas, en la cual incluyo como imputación jurídica la presunta transgresión de lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la resolución CRC 3066 de 2011, y como imputación fáctica el hecho del que el proveedor no hubiera remitido dentro de los 5 días hábiles siguientes el expediente de la SIC para que se desatara el recurso subsidiario de apelación interpuesto por la quejosa, dando claridad que el artículo imputado encuadra dentro de las infracciones prevista en el numeral 12 del artículo 64 de la misma Ley, esto es cuando se desconozca alguna disposición normativa que regule el tema de telecomunicaciones, razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría de la misma.

Se tiene entonces que la conducta de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP es típica, en el sentido en que al confrontar la denuncia presentada por la usuaria, con el comportamiento desplegado por la sociedad investigada, se determina que dicha conducta se ajusta al supuesto de hecho contenido en la norma imputada, esto es el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, y en el literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la resolución 3066 de 2011., razón por la cual la SIC en el acto administrativo por medio del cual impuso la sanción a la demandante realizó la debida adecuación típica de la conducta desplegada por el operador del servicio, y sustentando adecuadamente esta posición en los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y apelación en sede administrativa.

Asimismo, cabe resaltar que la Superintendencia al momento de graduar la sanción, estableció como criterio la gravedad de la falta reprochando que la misma fue de tal magnitud que implicó un desconocimiento al derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida que la segunda instancia es una garantía procesal a favor

del recurrente, tal como se advierte los actos administrativos a través de este medio de control cuestionados.

De lo expuesto es evidente que los actos administrativos demandados se encuentran debidamente motivados, sin que en momento alguno dentro de la actuación administrativa se haya desconocido el debido proceso, ni los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad reclamados como vulnerados, de otro lado, se resalta que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio estuvo precedida de un debido procedimiento administrativo en donde se inició la investigación administrativa y se formularon los respectivos cargos, y se concedió a la sociedad demandante el término legal para ejerciera su derecho de defensa a través de los descargo, así como se garantizó su derecho de contradicción al darse la oportunidad de recurrir la decisión sancionatoria como en efecto lo hizo, solo que no allego prueba suficiente, para exonerarse de la responsabilidad derivada de su incumplimiento., como se precisó en las consideraciones que anteceden.

Finalmente debe indicar el Despacho que es el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, que estableció los límites de las multas a imponer estableciéndolas entre 1 y 2.000 salarios mensuales mínimos legales vigentes, vigencia que se debe predicar al momento en que se expide el acto administrativo que impone la sanción, teniendo en cuenta que la norma no hace ninguna precisión al respecto, esto es que es, se deba corresponder a la época en que se presentaron los hechos en que se origina la investigación respectiva.

En atención a los argumentos expuestos, el cargo planteado y analizado no tienen vocación de prosperar al no haberse demostrado las razones en que este se fundamentó.

Por las razones indicadas, al no aparecer desvirtuada la presunción de legalidad con la que se encuentran amparados los actos administrativos demandados, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, toda vez que no se configuran ninguna de las causales de nulidad en que considera la sociedad demandante se incurrió con la expedición de los actos administrativos demandados.

7.- CONDENA EN COSTAS.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**ERICSON SUESCUN LEON
JUEZ**

L.R

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2016-00234-00
DEMANDANTE: PLM COLOMBIA
DEMANDADOS: INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE
MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad PLM COLOMBIA presentó demanda contra el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la nulidad de la Resolución 2015012451 del 31 de marzo de 2015, por medio de la cual se calificó el proceso sancionatorio 201300664 y se impuso multa equivalente a 750 SMDLV; y de la Resolución 2016010332 del 30 de marzo de 2016, a través de la se resolvió adversamente el recurso de reposición.

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se declare la falta de competencia de la entidad demandada para proferir los actos administrativos en contra de PLM Colombia y se declare improcedente la sanción impuesta.

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, se resumen de la siguiente manera:

1. El objeto social de la demandante es la edición de libros, revistas, folletos o coleccionables seriados de carácter científico o cultural, de

autores nacionales o extranjeros, así como la distribución y venta de los mismos.

2. En desarrollo de dicha actividad, editó un medio impreso denominado "carta del droguista", vehículo comercial empleado por los titulares de registros sanitarios para anunciarlos entre el público.

3. Mediante auto 13002701 del 29 de octubre de 2013, el INVIMA resolvió dar inicio al proceso sancionatorio 201300664 para verificar las presuntas conductas constitutivas de infracción sanitaria respecto a MEMPHIS PRODUCTS S.A. y PLM COLOMBIA S.A.

4. Por auto 14002508 del 22 de septiembre de 2014, se imputaron cargos dentro del referido proceso sancionatorio, el cual fue notificado a la demandante el 07 de octubre del mismo año.

5. PLM Colombia presentó sus descargos el 22 de octubre de 2014, mediante radicado 14105458.

6. Mediante Resolución 2015012451 del 31 de marzo de 2015, se calificó el procedo sancionatorio, imponiendo a la demandante multa equivalente a 750 SMDLV, acto administrativo notificado el 17 de abril de 2015.

5. El 27 de abril de 2015 la empresa sancionada radicó recurso de reposición.

6. Mediante Resolución 2016010332 del 30 de marzo de 2016, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA resolvió adversamente el recurso interpuesto.

7. El anterior acto administrativo fue notificado el 12 de abril de 2016.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como fundamento de la demanda propuso lo cargos que se resumen a continuación:

Violación al principio de legalidad

Indica la demandante que en el presente caso existió vulneración principio de tipicidad de la potestad sancionatoria, pues el INVIMA carecía de competencia para imponer la sanción y por ello se vulneró el debido proceso, en tanto que, señala que de conformidad con el

principio de tipicidad, en ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, solo se podrán investigar y sancionar los comportamientos o actuaciones que se encuentren taxativamente descritas como faltas en las disposiciones legales vigentes, y por tanto, no le está permitido a la autoridad administrativa aplicar criterios mediante circulares y/o cualquier otro documento, que no tengan un soporte legal.

Normas potestad sancionatoria del INVIMA

Considera la parte actora que el INVIMA extralimitó sus funciones y competencias, así como desconoció los artículos 4 y 18 del Decreto 2078 de 2012, y 79 y 102 del Decreto 677 de 1995, por cuanto las funciones de inspección vigilancia y control, sólo las puede ejercer frente a los establecimientos productores y comercializadores de los productos alimenticios o farmacéuticos, y en esa medida aplicar la sanciones por infracción a las normas sanitarias cometidas por parte de los productores, importadores, exportadores, comercializadores y expendedores.

Señala además, que las normas particulares sobre publicidad de medicamentos, establece que los responsables por la publicidad son los titulares del registro sanitario, no obstante, en el presente caso, la entidad demandada desconoció no solo el objeto social de PLM Colombia, sino también que la misma no es titular de registro sanitario alguno, y por ende no es productor, comprador, exportador, comercializador o expendedor de medicamentos.

Indica que ni el Decreto 677 de 1995, ni la Resolución 4320 de 2004, contemplan o tipifican la obligación del medio de comunicación de verificar toda la información que se publique, o realizar un control previo del material informativo visual, tal como lo expreso el INVIMA en las resoluciones objeto de demanda.

Proporcionalidad y finalidad de la sanción

Insistió en que al no resulta viable sancionar al medio de comunicación, no titular del registro sanitario, y no existir solidaridad entre estos, no existió proporcionalidad al imponer la sanción por cuanto el único infractor sería quien cuenta con el registro sanitario.

2. Contestación de la demanda

El **Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA**, a través de su apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones conforme a los argumentos que resumen a continuación:

explico que la actuación administrativa se adelantó de acuerdo con las facultades otorgadas por el Decreto 2078 de 2012 y a lo dispuesto en los Decretos 677 de 1995 y 481 de 2004, por lo que cuenta con competencia para sancionar a quienes ejercen publicidad de medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta libre, como es el caso de la sociedad demandante, cuando no se cumplan los requisitos exigidos en la Ley.

Expuso que de conformidad con las normas que rigen la materia, la publicidad de ese tipo de medicamentos requiere autorización previa del INVIMA, con el fin de verificar el contenido de la información que se pretende mostrar al consumidor para evitar poner en riesgo o afectar la salud de la población. Sostiene además que, que la información consignada en la revista carta del droguista constituye publicidad, toda vez que son los droguistas quienes finalmente informan a los potenciales compradores una información, que en este caso, no había sido objeto de verificación previa por la autoridad competente, por lo que afirma que la demandante necesariamente hizo parte de la cadena de promoción y comercialización del producto.

Indicó que la actividad desarrollada por la demandante, encaja dentro de la competencia otorgadas al INVIMA, pues ésta está dedicada a la publicidad de medicamentos al público en general de forma masiva, y por tanto, le asiste la obligación de usuario los términos, condiciones y reglamentos de los mismo, además de contar previamente con la autorización expedida por la autoridad sanitaria que corrobore el cumplimiento de la norma.

Finalmente señaló que, la sanción impuesta se ajustó a los parámetros establecidos en el artículo 125 del Decreto 677 de 1995, y fue proporcional en razón al riesgo sanitario que representa para la población la infracción al artículo 79 de la misma norma y la Resolución 4320 de 2004.,

Conforme a lo anterior, como excepción de fondo propuso la legalidad de los actos administrativos.

3. Actuación procesal

La demanda fue radicada el 03 de agosto de 2016 (fl.240), y por auto del 13 de septiembre del mismo año, se inadmitió (fls.242 a 245).

Subsanadas las falencias, por auto del 20 de octubre de 2016, se admitió la demanda (fls.316 a 322), providencia que fue notificada a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico el 01 de septiembre de 2017 (fls.326 a 343), de la excepción propuesta por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA se corrió el traslado respectivo (fl.357) sin pronunciamiento de la parte actora (fl.358).

Por auto del 20 de octubre de 2016, se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos demandados (fls.35 y 36 C medida cautelar), y mediante providencia del 26 de septiembre de 2107 se negó la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante (fls.57 a 60 C medida cautelar).

En providencia del 22 de marzo de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, y se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (fl.359), la cual se realizó el 29 de abril de 2019 y en ella se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas aportadas, se cerró la etapa probatoria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para presentar alegatos por escrito (Fls.361 a 364).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente las partes presentaron alegatos de conclusión (Fls.310 a 381 y 381 a 386). El Ministerio Público no efectuó pronunciamiento.

4. Alegatos de conclusión

Parte demandante

La apoderada de la parte actora reiteró los argumentos expuesto en la demanda y reitero que el INVIMA carece de competencia para imponer a la demandante sanciones por violación al régimen de publicidad de medicamentos, al que solo se someten los titulares de registros sanitarios sobre dichos productos.

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA

Reiteró igualmente los argumentos expuesto en la contestación de la demanda y señaló que, de los documentos incorporados como pruebas al proceso, se observa que la entidad tuvo certeza de la ejecución de las actividades reprochadas por parte de la demandante y que estas pusieron el riesgo a la población al no cumplir cabalmente con la normatividad sanitaria. Asimismo, señaló que de conformidad con el Decreto 2078 de 2012, es clara la competencia del INVIMA para identificar, evaluar y sancionar las infracciones sanitarias en materia de publicidad de productos de su esfera, sin que dicha potestad dependa de la persona natural o jurídica que ejerza la publicidad del producto.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 140 y numeral 6 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Fijación del litigio.

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, por medio de las cuales se sancionó a la demandante o si por el contrario los mismos se encuentran ajustados a derecho.

3. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada en este asunto, se debe establecer si ¿Fueron proferidas las resoluciones 2015012451 del 31 de marzo de 2015 y 2016010332 del 30 de marzo de 2016, con violación al principio de legalidad, falta de competencia y de manera desproporcionada frente a la finalidad de la sanción?

En primer lugar, el Juzgado advierte relevante, analizar las pruebas aportadas al proceso, con el objeto de establecer si se presentan los cargos de nulidad invocados. Al respecto se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- Mediante memorando 12057494 del 13 de julio de 2012, el Subdirector de Productos y Medicamentos Biológicos, Grupo de Publicidad del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, remitió a la Asesora Jurídica de esa misma Entidad, consulta presentada por la señora Ana Yibe Muñoz, acerca de la publicidad de medicamentos en condición de venta bajo fórmula facultativa, publicados en la revista Carta de Droguista edición 161 de junio de 2012, pg 11, sin tener la debida aprobación por parte del INVIMA, lo cual constituiría una contravención a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 79 del Decreto 677 de 1995 (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).
- Por Auto 13002701 del 29 de octubre de 2013, la Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, inició proceso sancionatorio 201300664 y se decretaron pruebas con el fin de verificar los hechos a que hizo referencia el memorando 12057494 del 13 de julio de 2012 (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).
- Mediante Auto 14002508 del 22 de septiembre de 2014, el INVIMA formuló los siguientes cargos dentro del proceso sancionatorio 201300664, en contra de las sociedades Memphis Products S.A. en Reorganización y PLM Colombia S.A., por considerar vulnerados los artículos 79 parágrafo 1 del Decreto 677 de 1995 y 5 numeral 2 de la Resolución 4320 de 2004:

"1. Publicitar y promocionar los medicamentos de venta con fórmula facultativa (ver cuadro No. 1), en medio de comunicación masivo consistente en medio impreso (Carta del Droguista) edición 161 de junio de 2012, el cual no tiene carácter técnico ni científico y se encuentra dirigido al público en general, contrariando el artículo 79 parágrafo 1 del Decreto 677 de 1995. (...)

2. Publicitar y promocionar los medicamentos de venta libre (ver cuadro No. 2), sin contar con autorización previa por parte del INVIMA; contraviniendo así el artículo 5 de la Resolución 4320 de 2004, así mismo sin enunciar las leyendas establecidas en el numeral 2 del artículo referenciado." (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).

- La sociedad PLM Colombia S.A., con oficio radicado 14105458 del 22 de octubre de 2014, dio respuesta a pliego de cargos (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).

- Mediante Auto 14003448 del 1º de diciembre de 2014, emanado por la Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, se inició la etapa probatoria dentro del proceso sancionatorio (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).
- Con Resolución 2015012451 del 31 de marzo de 2015, se impuso sanción a las sociedades Memphis Products S.A. en Reorganización y PLM Colombia S.A., consistente en multa equivalente a 750 SMDLV, por encontrar probados los cargos imputados.

En dicho acto administrativo el INVIMA señaló, respecto a la responsabilidad de la hoy demandante, lo siguiente:

70




RESOLUCIÓN No. 2015012451 DE 31 de Marzo de 2015
Por la cual se califica el proceso sancionatorio Nro.201300664

garantizar que su servicio se prestara adecuadamente sin causar perjuicios a su cliente Memphis Products S.A.

No obstante lo anterior, Memphis Products S.A. asume la obligación de no realizar ningún tipo de publicación de publicidad sobre medicamentos de venta libre sin contar con la debida autorización previa del INVIMA o cuando cuya prescripción sea través de fórmula facultativa.

II. Peticiones

Pretensión Principal:
Dado que en virtud de lo expuesto no habría lugar a una responsabilidad de Memphis Products S.A. solicitamos:

a) Se desista de cualquier trámite sancionatorio en contra de Memphis Products S.A.

Pretensión Subsidiaria:
a) En el evento en que la Administración no acceja las anteriores peticiones solicitamos que cualquier sanción sea graduada a su mínima expresión por parte de la Administración, dado que es evidente que se causo por PLM por el incumplimiento de sus obligaciones como proveedor de un servicio.

ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS




RESOLUCIÓN No. 2016010332
(30 de Marzo de 2016)
"Por la cual se resuelve un recurso de Reposición
Proceso Sancionatorio No. 201300664"

entidad imponer los valores que considere pertinentes, claro está teniendo en cuenta los presupuestos, análisis y hechos sustentados probatoriamente en la actuación.

En tal virtud, el INVIMA como autoridad sanitaria, está facultada para imponer multa equivalente hasta 10.000 SDMLV según las pruebas aportadas, la ponderación del caso y el incumplimiento evidenciado, que para este caso específico se estableció el valor de 750 SDMLV como monto a pagar por parte de la sancionada, monto derivado de la valoración de los hechos probados así como de la magnitud de la conducta, su proporcional riesgo para la salud pública y de las conductas atenuantes o agravantes de la misma, en el caso que nos ocupa no se aplicaron a la sociedad MEMPHIS PRODUCTS S.A. circunstancias agravantes de la conducta sancionada, y se reconocerá a su favor el atenuante presente en el literal a) del Artículo 122 del Decreto 677 de 1995, toda vez que en el acto sancionatorio se mencionó pero no se tuvo en cuenta al momento de definir el monto de la sanción impuesta.

Al respecto el Decreto 677 de 1995 establece:

"Artículo 128. De la multa. Esta consiste en la sanción pecuniaria que se impone a una persona natural o jurídica por la ejecución de una actividad u omisión de una conducta que acarrea la violación de las disposiciones sanitarias vigentes.

Artículo 129. Del valor de las multas. De acuerdo con la naturaleza y calificación de la falta, la autoridad sanitaria competente, mediante resolución motivada podrá imponer multas hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de dictarse la respectiva resolución a los responsables por la infracción de las normas sanitarias."

La falta imputada a la sociedad MEMPHIS PRODUCTS S.A. reviste especial gravedad para el bien jurídico ante la posibilidad del consumo desmedido de los medicamentos de venta bajo fórmula facultativa ya mencionados, publicitados trasgrediendo lo previsto por la norma de manera expresa, por lo cual la pena pecuniaria impuesta resulta proporcional frente al hecho contraventor y razonable ante el factor de riesgo generado.

Por las razones anteriormente expuestas, se fundamenta la negativa de acceder a la pretensión de reponer la resolución de calificación en ausencia de fundamentos fácticos o jurídicos, salvo lo procedente a modificar el monto de la sanción pecuniaria impuesta, disminuyéndola en cincuenta (50) salarios mínimos diarios legales vigentes, esto es fijando la multa en la suma en setecientos (700) salarios mínimos diarios legales vigentes, en conformidad con lo indicado respecto del atenuante previsto en el literal a) del artículo 122 del Decreto 677 de 1995.

2. PLM COLOMBIA S.A.

Para iniciar se hace necesario traer a colación lo contemplado en el Parágrafo 1 del Artículo 79 del Decreto 677 de 1995, el cual contempla lo siguiente:

Artículo 79. De la información y publicidad de los medicamentos. Toda información científica, promocional o publicitaria sobre los medicamentos deberá ser realizada con arreglo a las condiciones del registro sanitario y a las normas técnicas y legales previstas en el presente Decreto.

(...)

(fls.123 a 140 y 282 CD que contiene antecedentes administrativos).

- La anterior Resolución fue notificada personalmente el 17 de abril de 2015 (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).
- La sociedad PLM Colombia, mediante radicado 15041095 del 27 de abril de 2015, presentó recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).
- la Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, mediante la Resolución 2016010332 del 30 de marzo de 2016, confirmó la sanción impuesta a las sociedades ya indicadas, no obstante disminuyó el monto de la multa para Memphis Products S.A., en 700 SMDLV. Respecto de PLM Colombia S.A., la mencionada funcionaria realizó el estudio de la inconformidad planteada en el recurso, y expuso lo siguiente:

171

	
---	---

 **TODOS POR UN NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

RESOLUCIÓN No. 2016010332
(30 de Marzo de 2016)
**"Por la cual se resuelve un recurso de Reposición
Proceso Sancionatorio No. 201300664"**

Parágrafo 1º. Los medicamentos sólo podrán anunciarse o promocionarse en publicaciones de carácter científico o técnico, dirigidos al cuerpo médico y odontológico. Prohíbese la propaganda de medicamentos en la prensa, la radiodifusión, la televisión, y en general, en cualquier otro medio de comunicación y promoción masiva. Esta prohibición no cobijará los medicamentos de venta libre.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que de manera clara el parágrafo citado establece la obligación de únicamente publicitar los productos de venta con fórmula facultativa en publicaciones de carácter científico y/o técnico, estableciéndose que una publicación de esta naturaleza, una publicación científica, es aquella que representa uno de los vehículos más importantes para dar a conocer la ciencia y la tecnología, son las que reflejan el conocimiento preciso de lo que se hace en la investigación y en el desarrollo de la ciencia. Es un instrumento indicativo de la ciencia misma: en donde se resalta la calidad, cooperación científica, su efecto en el medio social, su propia problemática y desarrollo en el país.

Es decir, la norma hace una restricción tajante, en aras de evitar la automedicación acelerada y crear una cultura de visitar a su especialista de confianza para que sea éste quien determine cual es el medicamento que debe usar y ordenar su uso a través de una prescripción médica.

Todo acto publicitario de medicamentos está orientado directamente a aumentar las ventas del producto, objetivo comercial que sólo se logra incentivando el consumo, situación de la que se deriva el riesgo potencial para la salud individual y colectiva de la población, por la naturaleza de estos productos que no pueden manejarse como una mercancía cualquiera por estar destinados a "la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad." (artículo 2 Decreto 677 de 1995), finalidad que trasciende las leyes del mercado, por estar involucrado un derecho fundamental individual y colectivo superior, por ello, la publicidad y promoción de estos productos debe ceñirse de manera estricta a lo reglado en la norma sanitaria.

Es por ello que se le advierte que las normas son de estricto cumplimiento y se constituyen para evitar cualquier riesgo que pueda generar la publicidad de medicamentos de venta con fórmula facultativa, así como salvaguardar la salud del conglomerado Colombiano. Sea del caso traer a colación lo dicho por la Honorable Corte Constitucional:

"La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita".²

La competencia del INVIMA para aplicar la normatividad sanitaria a la sociedad PLM Colombia S.A., al igual que a cualquier otra persona natural o jurídica que incurra en comportamientos similares, radica en el hecho que la información que se ofrece en la revista CARTA AL DROGUISTA Edición No. 161 de junio de 2012, a la cual tiene libre acceso cualquier persona de nuestro país, infringe el Artículo 79 Parágrafo 1º del Decreto 677 de 1995 y el Artículo 5 de la Resolución 4320 de 2004, encontrándose totalmente carentes de soporte probatorio las alegaciones de la apoderada respecto a la actividad comercial que su prohijada desarrolla.

Por lo tanto, el argumento de la defensa de la sociedad sancionada, referente a que las actividades y objeto de la sociedad PLM Colombia S.A., no son los de producir, importar, exportar, comercializar o expender productos que sean objeto de vigilancia y control por

² Corte Constitucional Sentencia C-651/97, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA
Carrera 10 N.º 64/28
P.O. Box 2948700
Bogotá - Colombia
www.invima.gov.co

   

RESOLUCIÓN No. 2016010332 (30 de Marzo de 2016) "Por la cual se resuelve un recurso de Reposición Proceso Sancionatorio No. 201300664"

parte del INVIMA, ni es titular de registro sanitario alguno, motivo por el cual este Instituto carece de competencia sobre la mencionada empresa y sus actividades, es necesario precisarle a la profesional del derecho, que revisado el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad que representa (Folios 38 al 40), se aprecia que tiene por objeto social: "...edición de libros, revistas, folletos o coleccionables seriados de carácter científico o cultural, de autores nacionales o extranjeros, en base papel o publicados en medios electromagnéticos, así como también la distribución y venta de los mismos."

La supuesta vulneración a la Carta Magna por la imposición de cargas adicionales y desproporcionadas es ilógica. Como la misma apoderada lo advierte, la publicidad de medicamentos de venta bajo orden facultativa esta restringida, es decir que se puede realizar acatando los parámetros descritos en el artículo 79, por lo cual, al reprochar la no conformidad de la conducta observada por la sociedad PLM Colombia S.A., con la regulación vigente en esta materia, no se están haciendo exigencias distintas a las de la propia norma. La información científica sobre medicamentos de venta bajo fórmula médica debe adecuarse a lo ordenado en este artículo, por lo cual no se están imponiendo obligaciones por fuera del marco legal al sancionar conductas infractoras.

Otro tanto puede decirse respecto de la publicidad de los medicamentos de venta libre, los que si pueden ser publicitados pero bajo las condiciones reglamentadas en la Resolución 4320 de 2004.

Con base en lo anterior y en aras de esclarecer dicha situación de inconformismo por parte de la defensa de la sociedad investigada, se hace necesario traer a colación lo prescrito en el Artículo 4, numeral 3º del Decreto 2078 de 2012:

Artículo 4º. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones:

3. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y a los procedimientos establecidos, adelantar las investigaciones a que haya lugar y aplicar las medidas sanitarias y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9 de 1979 y demás normas reglamentarias.

La normatividad transcrita determina funciones que despliega el INVIMA, facultándolo así, para identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias, al igual que adelantar las investigaciones a que haya lugar, aplicar las medidas sanitarias y/o sanciones que sean de su competencia. En este caso el INVIMA al ser autoridad sanitaria competente y al evidenciar una posible infracción, dio el impulso procesal estipulado en el Artículo 111 del Decreto 677 de 1995, justificado en el proceso sancionatorio 201300664, determinando como responsables de la conducta reprochable de la realización de publicidad de medicamentos de venta con fórmula facultativa en una publicación que no tiene el carácter de técnica y/o científica, así como por realizar publicidad de medicamentos de venta libre sin autorización previa del INVIMA, a las sociedades PLM COLOMBIA S.A. y MEMPHIS PRODUCTS S.A.

Así mismo vale la pena resaltar lo establecido en el artículo 18 del Decreto 1290 de 1994:

"ARTICULO 18. Régimen Sancionatorio. Corresponde al INVIMA aplicar las sanciones por las infracciones a las normas sanitarias cometidas por parte de los productores, importadores, exportadores, comercializadores y expendedores.



RESOLUCIÓN No. 2016010332 (30 de Marzo de 2016) "Por la cual se resuelve un recurso de Reposición Proceso Sancionatorio No. 201300664"

PARAGRAFO. Las sanciones de que trata el presente artículo deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 577 de la Ley 9 de 1979 y contra ellas procederán los recursos de ley contenidos en el Código Contencioso Administrativo."

Dentro de las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, se tiene la de vigilancia y control de los productos objeto de su competencia, sumándole la de otorgar registros sanitarios, documentos públicos de esencial importancia ya que en ellos están contenidas todas las exigencias técnicas y legales bajo las cuales debe conducirse su titular para la producción, comercialización, importación, exportación, envase, expendio y publicidad del producto amparado.

Así entonces, referenciado el marco normativo dado por la legislación sanitaria para adelantar actuaciones administrativas como lo es la publicidad de medicamentos de venta bajo fórmula facultativa y la publicidad de medicamentos de venta libre, es preciso señalar que el Instituto tiene competencia para adelantar actuaciones administrativas en contra de la sociedad PLM COLOMBIA S.A. ya que mediante sus revistas realiza publicidad de medicamentos, en este caso sin ajustarse a la norma de acuerdo a lo consagrado en el ámbito de aplicación del Decreto 677 de 1995 y la Resolución 4320 de 2004, actividad que se desarrolla en conexión con la comercialización, tal y como se puede apreciar en las siguientes normas:

El Decreto 677 de 1995:

"Artículo 1º. Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto regulan parcialmente el régimen de registros y licencias, control de calidad y vigilancia sanitaria de los medicamentos cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene y limpieza y otros productos de uso doméstico en lo referente a la producción, procesamiento, envase, expendio, importación, exportación y comercialización.

Parágrafo. Las preparaciones farmacéuticas a que hace referencia el presente artículo, son aquellas producidas a base de recursos naturales que tradicionalmente han sido utilizadas en forma empírica con fines terapéuticos y a través de este uso y por la sustentación bibliográfica, se consideran eficaces y seguros."

Resolución 4320 de 2004

"Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución se aplicarán a la publicidad que se realice de todos los medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre y tiene por objeto brindar al consumidor pautas para educarlo en el uso adecuado de los mismos".

De igual forma es de precisar a la defensa de la sociedad sancionada, que la presente investigación surge de la pieza de publicidad anexa, de cuyo resultado se llega a la convicción que efectivamente se trata de una actividad publicitaria desplegada sobre medicamentos de venta con fórmula facultativa y medicamento de venta libre, contrariando así lo reglado en el parágrafo 1 del Artículo 79 del Decreto 677 de 1995 y en el artículo 5 de la Resolución 4320 de 2004.

En este mismo sentido, según el análisis hecho del material publicitario y la pieza misma, se tiene que efectivamente se encontraba desarrollando actividades de publicidad de medicamentos de venta libre sin contar con autorización previa por parte de este Instituto.



(fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).

- El anterior acto administrativo fue notificado personalmente el 08

de abril de 2016 a la sociedad hoy demandante (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).

- La sociedad PLM Colombia S.A., el 03 de abril de 2017 suscribió acuerdo de pago con el INVIMA, respecto de la multa impuesta en las resoluciones demandadas (fl.351 CD que contiene antecedentes administrativos).

Bajo el anterior contexto, procede el Despacho a resolver los cargos formulados en la demanda, de manera conjunta por cuanto todos ellos tienen afinidad temática, encaminada a determinar la violación al principio de legalidad y falta de competencia del INVIMA para imponer sanciones a una persona jurídica que no ostenta la calidad de productor o comercializador de medicamentos.

Violación al principio de legalidad, falta de competencia y normas potestad sancionatoria.

Advierte el juzgado que tanto en el proceso administrativo sancionatorio adelantado en contra de la sociedad PLM Colombia S.A., por el INVIMA como en el presente medio de control, la demandante ha insistido en el objeto social previsto en el certificado de existencia y representación de esa sociedad, llamando la atención en que su actuar se concreta a *"la edición de libros, revistas, folletos o coleccionables seriados de carácter científico o cultural, de autores nacionales o extranjeros, en base papel o publicados en medios electromagnéticos, así como la distribución y venta de los mismos"*.

De tal manera que a su juicio el INVIMA carece de competencia para sancionarla, como quiera que la demandante no actúa como productor, importador, exportador, comercializador o expendedor de ningún medicamento, y por lo tanto tampoco es titular de registro sanitario sobre tales productos, como quiera que sus ingresos proviene exclusivamente del servicio de publicidad.

En el auto 13002701 del 29 de octubre de 2013 (Fls. 4 a 6 Exp Adm. – Parte 1- Archivo PDF Cd Fl. 351 C1), la directora de Responsabilidad Sanitaria del INVIMA formuló cargos en contra de la sociedad PLM COLOMBIA S.A., por publicitar medicamentos de venta con condición facultativa.

Así como durante el trámite administrativo se evidenció y sancionó, debido que en la publicidad realizada en la revista PLM edición 161 del

mes de junio de 2012, se publicitaron medicamentos tanto de venta con fórmula facultativa como medicamentos de venta libre (Fls.59-60).

En este punto, el Juzgado advierte que el artículo 250 de la Ley 100 de 1993, establece:

“EL INSTITUTO DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS. Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, **cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos**, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

El Gobierno Nacional reglamentará el régimen de registros y licencias, así como el régimen de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos de que trata el objeto del Invima, dentro del cual establecerá las funciones a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, de conformidad con el régimen de competencias y recursos.

PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de la presente Ley, la facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con la Ley 81 de 1987 <sic, es 1988>, estará en manos de la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos” (Resalta el Juzgado).

De conformidad con la naturaleza jurídica y las competencias del INVIMA, en el presente asunto resulta necesario advertir lo previsto en la Resolución 004320 de 2004¹ “Por la cual se reglamenta la publicidad de los medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre”, en la que se dispone entre otros, lo siguiente:

“Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución se aplicarán a la publicidad que se realice de todos los medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre y tiene por objeto brindar al consumidor pautas para educarlo en el uso adecuado de los mismos.

Artículo 2º. Definiciones. Para efectos de la presente resolución se adoptan las siguientes definiciones:

¹ <file:///C:/Users/Dell/Downloads/RESOLUCION%20004320%20DE%202004.pdf>

Anuncio. Forma que adopta el mensaje publicitario independientemente del medio de comunicación en el que se efectúe su difusión mediante aviso verbal o escrito, cuyos contenidos incorporen imágenes, afirmaciones o frases publicitarias objetivas, con arreglo a las condiciones del registro sanitario y a las normas técnicas y legales vigentes y a lo dispuesto en la presente resolución.

Medicamento y Producto Fitoterapéutico de venta sin prescripción facultativa o de venta libre. Son aquellos que el consumidor puede adquirir sin la mediación de una prescripción y que están destinados a la prevención, tratamiento o alivio de síntomas, signos o enfermedades leves debidamente reconocidas por los usuarios.

Medio masivo. Recurso publicitario por medio del cual se anuncia un producto en medios de comunicación, revistas, periódicos, folletos, boletines, televisión, radio, Internet, publicaciones comerciales, vallas, medios de transporte, correo directo, puntos de venta y cualquier otro medio dirigido al público en general.

Promoción. Actividades informativas desplegadas por los fabricantes, titulares de los correspondientes registros sanitarios, encaminadas a orientar al consumidor en la selección de un determinado medicamento o producto fitoterapéutico.

Publicidad. Es el conjunto de medios empleados para dar información sobre un medicamento o producto fitoterapéutico en particular.

Artículo 3º. De la forma de publicidad. La publicidad de los medicamentos y de los productos fitoterapéuticos de que trata la presente resolución podrá realizarse en cualquier medio masivo de los que trata el artículo 2º de la presente resolución.

Artículo 4º. Requisitos. La publicidad de medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Orientar el uso adecuado del medicamento y del producto fitoterapéutico.
2. Ser objetiva, veraz y sin exagerar sus propiedades.
3. Señalar las indicaciones o usos del medicamento o producto fitoterapéutico de venta sin prescripción facultativa o venta libre, las cuales deben ser escritas en idioma castellano, utilizando un lenguaje claro que no genere confusión a los consumidores.
4. Deberá ceñirse a la verdad, expresando en forma clara y precisa lo referente a las indicaciones autorizadas del medicamento o producto fitoterapéutico.
5. Respetar la libre competencia.
6. Prescindir de términos técnicos, a menos que estos se hayan convertido en expresiones de uso común.
7. Garantizar que la publicidad de las bondades del medicamento o producto fitoterapéutico no se contraponga a la promoción de hábitos saludables.

8. Garantizar que la información no induzca a error por afirmación o por omisión a prescriptores, dispensadores, ni a usuarios.
9. Ajustarse a lo dispuesto en el registro sanitario del medicamento o del producto fitoterapéutico de venta sin prescripción facultativa o venta libre.
10. Utilizar leyendas visibles, legibles en contraste y fijas cuando se trate de medios audiovisuales e impresos.
11. Difundir los mensajes en forma clara y pausada cuando se trate de medios radiales, y
12. No emplear mecanismos que atraigan la atención de los menores de edad induciéndolos al consumo de medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o venta libre.

Parágrafo. Cuando se trate de medicamentos o productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre que tengan varias indicaciones terapéuticas, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, podrá autorizar la publicidad y/o promoción para una sola indicación, siempre y cuando la misma no se entienda como exclusiva del medicamento o producto fitoterapéutico, se deduzca de lo aprobado en el registro sanitario y se presente con moderación científica, es decir, sin magnificarla o exagerar en sus propiedades.

Artículo 5º. Solicitud de publicidad. La publicidad de medicamentos y productos fitoterapéuticos de venta sin prescripción facultativa o de venta libre requiere autorización previa por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del artículo 4º del Decreto-ley 1290 de 1994, para lo cual el interesado deberá radicar la solicitud acompañada de los siguientes documentos: 1. Formato de solicitud firmado por el titular del registro sanitario o su apoderado, debidamente acreditado para gestionar el trámite correspondiente. 2. Proyecto de publicidad en original y dos copias, el cual deberá contener, como mínimo, las siguientes leyendas: a) "Es un medicamento"; b) "No exceder su consumo"; c) "Número de registro sanitario"; d) "Leer indicaciones y contraindicaciones"; e) "Si los síntomas persisten, consultar al médico". 3. Recibo de consignación en el cual conste el pago de la tarifa correspondiente (...)"

En cuanto a la información y publicidad de medicamentos, el artículo 79 del Decreto 677 de 1995, establece de manera clara y precisa lo siguiente:

"Artículo 79. De la información y publicidad de los medicamentos. Toda información científica, **promocional o publicitaria sobre los medicamentos** deberá ser realizada con arreglo a las condiciones del registro sanitario y a las normas técnicas y legales previstas en el presente Decreto.

Los titulares del registro serán responsables de cualquier transgresión en el contenido de los materiales de promoción y publicidad, y de las consecuencias que ello pueda generar en la salud individual o colectiva.

Será función del Invima velar por el cumplimiento de lo aquí previsto, teniendo en cuenta la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud.

Parágrafo 1°. Los medicamentos sólo podrán anunciarse o promocionarse en publicaciones de carácter científico o técnico, dirigidos al cuerpo médico y odontológico. Prohíbese la propaganda de medicamentos en la prensa, la radiodifusión, la televisión, y en general, en cualquier otro medio de comunicación y promoción masiva. Esta prohibición no cobijará los medicamentos de venta libre.

Parágrafo 2°. En la información o propaganda dirigida al cuerpo médico u odontológico, deberán especificarse las acciones, indicaciones, usos terapéuticos, contraindicaciones, efectos colaterales, riesgos de administración, los riesgos de farmacodependencia y las otras precauciones y advertencias, sin omitir ninguna de las que figuren en la literatura científica o fueren conocidas por los fabricantes.

Igualmente, deberá siempre citarse la bibliografía sobre la cual se basa la información, e identificarse el principio activo con su nombre genérico, el cual, en el caso de medicamentos esenciales, irá en igualdad de caracteres a los del nombre o marca del medicamento.

Parágrafo 3°. La publicidad e información sobre medicamentos deberá ceñirse a la verdad y, por consiguiente, no podrán exagerarse las bondades que pueda ofrecer su uso.

Parágrafo 4°. Prohíbese la publicidad de medicamentos cuando:

- a) Contraríe las normas generales aplicables en materia de educación sanitaria, nutrición o terapéutica;*
- b) Exprese verdades parciales que induzcan a engaño o error;*
- c) Impute, difame, cause perjuicios o comparación peyorativa para otras marcas, productos, servicios, empresas u organismos.*

Parágrafo 5°. Las listas de precios y los almanaques no podrán llevar las indicaciones y los usos de los productos, cuando éstos sean de venta bajo fórmula médica.

Parágrafo 6°. Los titulares de registros sanitarios que incurran en alguna de las conductas aquí descritas estarán sujetos a las medidas y sanciones previstas en el presente Decreto” (Resalta el Juzgado)

Por otra parte, el artículo el artículo 4 del Decreto 1290 de 1994 vigente para el momento en que inició la actuación administrativa² consagra como funciones del INVIMA, las siguientes:

“ARTICULO 4o. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones:

(...)

15. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y procedimientos establecidos y adelantar las investigaciones que sean del caso, aplicar las medidas de seguridad sanitaria de ley y las

sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9 de 1979 y remitir a otras autoridades los demás casos que les correspondan...

19. Autorizar la publicidad que se dirija a promover la comercialización y consumo de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 9 de 1.979 y sus Decretos Reglamentarios y en las demás normas que se expidan para el efecto. El INVIMA podrá autorizar de manera general y previa, toda la publicidad que se ajuste a los criterios generales que para el efecto disponga."

A partir de lo expuesto, resulta ajustado a derecho advertir que la publicidad de los medicamentos se encuentra regulada y que el INVIMA tiene competencia para adelantar las investigaciones a que haya lugar.

En cuanto al destinatario del marco jurídico referido, el Juzgado advierte que el mismo no está previsto única y exclusivamente para los titulares del registro sanitario, en tanto que, también comprende a quienes anuncien o promocionen medicamentos por cuanto la norma es clara y precisa en advertir la **prohibición de anunciar o promocionar medicamentos** que no son de venta libre, en medios que no sean de carácter de carácter científico o técnico dirigidos al cuerpo médico y odontológico, por lo que se torna en un deber de quien realiza a través de un medio o en el ejercicio del objeto social, el anunciar o promocionar los medicamentos.

Asimismo, es preciso advertir que frente a los medicamentos que son de venta libre, se estableció la Resolución 004320 de 2004, que los medicamentos de venta libre requieren previo a la publicación, anuncio, promoción o publicidad "autorización previa por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, de conformidad con lo establecido en el numeral 19 del artículo 4º del Decreto-ley 1290 de 1994, para lo cual el interesado deberá radicar la solicitud".

Por lo anterior, para el Juzgado resulta clara la competencia asignada al INVIMA respecto de todo lo relacionado con la publicación relativa a medicamentos, sean estos de venta libre o no, de tal manera que ante el desconocimiento de las normas que regulan lo relacionado con la publicidad de los medicamentos, el INVIMA está facultado para adelantar las investigaciones en contra de las personas naturales y jurídicas que actúen contrariando las referidas disposiciones.

En el sub examine, mediante la Resolución 2015012451 del 31 de marzo de 2015, (Fls. 47-67) la directora de Responsabilidad Sanitaria del INVIMA calificó la falta de las sociedades investigadas. Frente a PLM Colombia S.A., determinó que transgredió la normatividad sanitaria al Publicitar:

1. Los medicamentos de venta con condición facultativa AMOXACILINA 250mg/5ml con registro sanitario INVIMA 2008M-011328-R1, CLARITROMICINA 500mg/5ml registro sanitario INVIMA 2009M-012952-R1, CIPROFLOXACINO 500MGTab registro sanitario INVIMA 2004M-013642-R1, DOXICILINA 100mg registro sanitario INVIMA 2006M-0006011, CEFRADINA 500mg Tab registro sanitario INVIMA 2004M-0003607, CEFALEXINA 500mg Tab registro sanitario INVIMA 2006M-0003607, NORFLOXACINO 400mg Tab registro sanitario INVIMA 2003M-013877-R1, CLINDAMICINA 300mg registro sanitario INVIMA 2008M-0007988, DICLOXACILINA 250gm/5ml polvo para reconstruir registro sanitario INVIMA 2003M-013640-R1, dicloxacilina 500mg Capsulas registro sanitario INVIMA 2003M-013639-R1, KETOCONAZOL caja 200mg x 10 Tab registro sanitario INVIMA 2003M-013856-R1, FLUCONAZOL presentación caja 200mg x 10 capsulas registro sanitario INVIMA 2005M-002860-R1, FLUCONAZOL presentación caja 150 mg x 10 cápsulas y TRIMETOPRIMA SULFA F registro sanitario INVIMA 2005M-002201-R1; en medio masivo de comunicación como lo es la Revista de la CARTA DEL DROGUISTA Edición 161 de junio de 2012, la cual no constituye una publicación de carácter técnico o científico, contrariando lo estipulado en el Parágrafo 1 del Artículo 79 del Decreto 677 de 1995.

2. Los medicamentos de venta libre CLOTRIMAZOL presentación caja de 100 mg x 6 tabletas vaginales registro sanitario INVIMA 2005M-003025-R1 y CLOTRIMAZOL solución tópica frasco de 30ML de 1% registro sanitario INVIMA 2002M-013353-R1 en medio masivo de comunicación como lo es la Revista de la CARTA DEL DROGUISTA Edición 161 de junio de 2012, los cuales no cuentan con autorización previa del INVIMA contrariando lo establecido en el artículo 5 la Resolución 4320 de 2004.

Así, es del caso advertir que la sociedad PLM de Colombia SA a través de su revista Carta al Droguista, publicó los medicamentos sin que ese medio de comunicación este previsto como un documento técnico-científico como quiera que está dirigida la publicación a los droguistas o regentes de farmacia quienes no están catalogados como

receptores autorizados de la publicidad de medicamentos con fórmula facultativa, sino que hacen parte del público en general.

Por otra parte, aunque se anunciaron los medicamentos de venta libre, PLM Colombia S.A., no contó con la autorización previa del INVIMA, de tal manera que al haber desconocido la regulación que en materia de medicamentos esta prevista, el INVIMA si tiene la competencia para investigar y sancionar a la demandante y por lo tanto, el cargo no prospera, como quiera que el marco normativo no tiene como únicos destinatarios a los titulares de registros sanitarios, como erradamente lo afirma la demandante sino que también comprende a quienes actúan como medio de comunicación y publicitan de alguna manera los medicamentos, de tal manera que en aras de la seguridad sanitaria, también son destinatarios de las normas que regulan el sector y de las sanciones por su incumplimiento.

Proporcionalidad y finalidad de la sanción.

Señala que de conformidad con las normas que regulan la publicidad de medicamentos, no existe razón alguna para la sanción impuesta a la demandante y así mismo considera que no existió proporcionalidad por parte del INVIMA al imponerla, en tanto que considera que el único infractor de la norma es el titular del registro sanitario.

En cuanto a la demostración de la conducta sancionable, la misma como se expuso al decidir el primer cargo, está acreditada, por lo que no hay lugar a la anulación de los actos administrativos demandados.

Por otra parte, respecto de la proporcionalidad de la sanción, dentro del trámite del presente medio de control la demandante no aportó prueba alguna que permitiera establecer que, en efecto, la cuantificación realizada por el INVIMA era contraria al ordenamiento jurídico.

En este punto, el Juzgado advierte que la parte demandante se limitó a indicar que no existió proporcionalidad de la sanción sin demostrar ni acreditar de qué manera ha debido realizarle y tampoco estableció ni allegó prueba alguna para establecer que la realizada, resulta desproporcionada con la conducta sancionada, de tal manera que ello no habilita a que proceda la nulidad de los actos demandados, por cuanto la demandante incumplió el principio de la carga de la prueba, además de no haber formulado en debida forma el cargo objeto de reproche.

No obstante lo anterior, el Despacho encuentra que en relación con el monto y graduación de la sanción impuesta, la misma atendió lo previsto en los artículos 125 y 129 del Decreto 677 de 1995, en tanto que establecen la procedencia de la multa a título de sanción y que la misma se podrá imponer hasta la suma equivalente a 10.000) salarios mínimos legales diarios vigentes al momento de dictarse la respectiva resolución a los responsables por la infracción de las normas sanitarias.

Por otra parte, los artículos 121 y 122 ídem, establecen tanto las circunstancias de agravación como los atenuantes.

Revisada la Resolución Resolución 2015012451 del 31 de marzo de 2015, (Fls. 47-67), por medio de la cual se sancionó a PLM COLOMBIA SA., con multa de 750 salarios mínimos diarios vigentes, modificada a 700 salarios mínimos diarios vigentes mediante la Resolución 2016010332 del 30 de marzo de 2016, no se advierte la desproporción alegada, como quiera que el INVIMA realizó de manera clara y precisa la cuantificación de la sanción, expuso las circunstancias de agravación y atenuación punitiva y se ajustó a lo definido en el artículo 129 del Decreto 677 de 1995, como quiera que no superó la suma equivalente a 10.000 salarios mínimos legales diarios vigentes, por lo que el cargo no prospera.

De conformidad con lo expuesto, el Juzgado declarará probada la excepción denominada Legalidad de los actos administrativos censurados en tanto no se vulneró derecho alguno de la demandante que deba ser restablecido; en consecuencia, negará las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la excepción denominada Legalidad de los actos administrativos censurados. No se vulneró derecho de la

demandante que deba ser restablecido, propuesto por el INVIMA. En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

The image shows a handwritten signature in black ink on the left, which appears to be 'ERICSON SUESCUN LEÓN'. To the right of the signature is a circular official seal. The seal contains the text 'Juzgado Tercero Administrativo Circuito de Bogotá' and 'República de Colombia'.

ERICSON SUESCUN LEÓN

Juez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2018-00015-00
DEMANDANTE: COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Empresa Colombia Móvil S.A. E.S.P., actuando a través de apoderado judicial, formula demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1. Declaraciones y condenas

Que se declare la Nulidad de las Resolución 35376 del 07 de junio de 2016, por la cual se impuso una sanción por la suma de \$68.945.400, así como de las resoluciones 14352 del 29 de marzo de 2017 y 32677 del 07 de junio de 2017, por medio de las cuales se resolvieron adversamente los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

Que a título de Restablecimiento del derecho se declare que Colombia Móvil S.A. E.S.P. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la multa impuesta y se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, la devolución de lo pagado por concepto de sanción con su respectiva indexación e intereses que correspondan.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en la forma y término dispuesto en los artículos 298 y 299 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho a la demanda.

Subsidiarias:

Se modifique el artículo primero de la Resolución 35376 del 07 de junio de 2016, confirmada por las resoluciones 14352 del 29 de marzo de 2017 y 32677 del 07 de junio de 2017, en el sentido de disminuir la multa

impuesta, de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio reintegrar a Colombia Móvil S.A. E.S.P., el valor que resulte de la diferencia entre la sanción impuesta y la que el Juzgado disponga.

2. Hechos de la demanda

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, son:

El 22 de mayo de 2013, la señora Adriana Stella Melendro Galvis, presentó derecho de petición manifestando que sobre su línea telefónica se habían realizado unos cobros por mensajes de texto que no estaban autorizados, el cual fue resuelto el 14 de junio de 2013.

Contra la respuesta dada por el operador, la usuaria interpuso recurso de reposición el 28 de junio de 2013, siendo resuelto por la empresa el 14 de julio del mismo y dando por terminado el proceso.

El 14 de julio de 2014, la usuaria formuló queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de Colombia Móvil S.A. E.S.P., por su inconformidad respecto a la decisión tomada frente a su derecho de petición.

El 30 de junio de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 33689, por medio de la cual ordenó dar inicio a la investigación administrativa con formulación de cargos en contra de Colombia Móvil ESP.

La sociedad demandante presentó descargos el 13 de julio de 2015.

Mediante Resolución 61921 del 31 de agosto de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas.

El 07 de junio de 2016, la entidad demandada profirió la Resolución 35376, mediante la cual impuso sanción a Colombia Móvil SA ESP por la suma de \$68.945.400, equivalente a 100 SMLMV.

Con escrito radicado el 08 de julio de 2016, la sociedad presentó los correspondientes recursos de ley.

Mediante Resolución 48603 del 31 julio de 2015, se resolvió el recurso de reposición.

Con Resolución 14352 del 29 de marzo de 2017, se resuelve adversamente el recurso de reposición.

Mediante Resolución 32677 del 07 de junio de 2017, se resolvió el recurso de apelación confirmando la sanción, decisión que se notificó por aviso el 04 de julio de 2017.

El 12 de julio de 2017, Colombia Móvil pagó la sanción pecuniaria.

3. Normas violadas y concepto de la violación

De las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por la demandante se pueden concretaren en el siguiente cargo:

Infracción de las normas en que debía fundarse

Señala la parte actora que los actos administrativos demandados violaron el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, en tanto que:

a) No existe coherencia entre la denuncia presentada y la formulación de cargos o tipificación de la conducta, pues frente a la única solicitud del recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por la usuaria, se dio respuesta completa y favorable, toda vez que la misma se circunscribía a la entrega de un registro claro y legible de todos los servicios contratados con los valores cobrados, y por ello considera no existió incumplimiento a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009.

b) Indica que como quiera que se otorgó una respuesta favorable a la usuaria, no se trasgredió el literal c) numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución 3066, y en ese sentido no debía remitir el expediente ante la SIC dando trámite al recurso de apelación. Así mismo, señaló que frente a los nuevos hechos indicados en el recurso de reposición, se había iniciado un nuevo trámite en sede de la empresa.

c) Considera que se la sanción impuesta no resulta razonable ni proporcionada pues se incumplió lo dispuesto en el inciso final del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, por cuanto en el acto administrativo no se incluyó la valoración de cada uno de los criterios para la definición de la sanción, omitiendo señalar los factores de agravación de la sanción y cuantificación de la multa.

4. Contestación de la demanda

Tal y como se indicó en la audiencia inicial, por auto del 5 de abril de 2019, se tuvo por no contestada la demanda al haberse presentado de manera extemporánea, razón por la cual el Juzgado se abstendrá de referirse a los argumentos de defensa allí expuestos.

5. Actuación procesal

La demanda se radicó el 19 de enero de 2018 (fl.110). Por auto del 16 de febrero del mismo año, se inadmitió (fls.112 a 114), subsanada la falencia, mediante providencia del 06 de marzo de 2018, este Juzgado admitió la demanda (fls.120 a 124). La notificación electrónica a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se realizó el 31 de julio de 2018 (fls.126 a 129). La notificación del tercero con interés, se surtió por aviso el 27 de agosto de 2018 (fl.136).

Por auto del 05 de abril de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se declaró que el tercero con interés no efectuó manifestación y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial (Fl.165).

La audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, se realizó el 27 de mayo de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, la fijación del litigio, se agotó la etapa de conciliación, se decretaron las documentales solicitadas por las partes, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar por escrito (Fls.167 a 170).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión (Fls.174 a 193 y 194 a 197).

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fls.174 a 193).

6.2 Parte demandada

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitó negar las pretensiones de la demanda. Realizó un relato del trámite surtido en la investigación administrativa y señaló que a la empresa Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se le sancionó por omitir dar trámite al recurso de apelación interpuesto por la usuaria Adriana Stella Melendro Galvis, contra la respuesta dada por el operador al derecho de petición de fecha 22 de mayo de 2013, con lo cual incurrió en las infracciones contenidas en las normas señaladas en los actos administrativos demandados, dado que contrario a lo afirmado por la hoy demandante, al resolver el recurso de reposición no resolvió favorablemente la totalidad de pretensiones de la usuaria.

En cuanto a la docimetría de la sanción y la gravedad de la falta, señaló que la multa impuesta se ajusta a los postulados del artículo 44 del CPACA y el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 (Fls.174 a 193).

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Fijación del litigio.

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda, es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones 35376 del 7 de junio de 2016, 14352 del 29 de marzo de 2017 y 32677 del 07 de junio del

mismo año, por medio de las cuales se sancionó a la demandante o si por el contrario dichos actos administrativos adolecen de las causales de nulidad invocadas y en consecuencia se encuentran ajustados a derecho.

3. Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos acusados fueron proferidos con infracción a las normas en que debía fundarse y por tanto, con violación al principio de tipicidad y derecho al debido proceso; por no existir coherencia entre la denuncia presentada y la formulación de cargos o tipificación de la conducta y no ajustarse la multa impuesta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción?

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- El 22 de mayo de 2013, la señora Adriana Melendro Galvis presentó derecho de petición ante Colombia Móvil S.A. E.S.P., en relación con la prestación del servicio de telefonía celular, líneas 3017544928, 3017688252, 3017688305 y 3017545234, dado que previamente se habían interpuesto quejas por cobros adicionales a los convenidos en el contrato de cada una de ellas, sin justificación aparente, pues los suscriptores en ningún momento habían solicitado servicios adicionales, por lo cual, solicitó lo siguiente:

“1. (...) se entregue (...) resumen de todos servicios presuntamente contratados (...) y las fechas de su activación, de forma que sea posible identificar que servicios diferentes a los de telefonía celular han sido contratados mediante los citados números telefónicos.

2. (...) se entregue al peticionario información detallada de los canales de contratación de los servicios a los que haga referencia la petición del numeral primero, con el fin de establecer cuales son los medios probatorios mediante los cuales se afirma (...), la contratación de servicios adicionales a los de telefonía celular.

3. (...) se entregue al peticionario explicación escrita de por qué sobre la línea 3017688252 siguen existiendo débitos no autorizados sobre el saldo de la misma, habiendo sido estos desactivados por parte del personal de servicio al cliente de la oficina calle 85 con carrera 15 en la ciudad Bogotá de la compañía Colombia Móvil S.A. E.S.P. (...).

4. Que se informe y entregue un registro de los dineros debitados por los servicios adicionales a partir de la fecha de su activación y que fueron activados de manera irregular y sin evidente autorización (...).

5. Que se oficie a la Superintendencia correspondiente la respuesta otorgada a la presente petición y que se informe de dicha actividad al peticionario." (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).

- Mediante oficio del 14 de junio de 2013, Colombia Móvil S.A. E.S.P., emitió respuesta al derecho de petición en los siguientes términos:

"1. La línea 3017544928, contaba con suscripciones de entretenimiento de los proveedores cuatro mobile atinco, desde mes de marzo de 2013, la línea 3017688252, de, Movixla, Gemalto, desde el mes de marzo de 2013 y de Quatro mobile, desde el 23 de abril de 2013, la línea 3017688305, no cuenta con suscripciones, la línea 3017545234, de Timwe, desde el 21 de abril de 2013, las cuales se activan por manipulación del equipo.

Le informamos que dichas suscripciones ya están canceladas como lo puede evidenciar a continuación.

(...)

2. Es importante aclarar que este tipo de mensajes no son promocionales, sino que pertenecen a proveedores externos que envían un mensaje inicial y la opción de cancelarlo, es responsabilidad del usuario realizar dicho procedimiento antes de comenzar con el descuento del saldo.

3. Le informamos que en la línea 301688252, los servicios mencionados fueron cancelados, sin embargo, fueron activados nuevamente, dichos mensajes se activan, teniendo en cuenta la información del punto 2.

4. A continuación encontrará un detalle de los valores y códigos de cada suscripción.

(...)

5. Es importante mencionar que la presente reclamación se encuentra en primera instancia de atención, motivo por el cual solo se emite respuesta por parte del operador y la misma no será trasladada nuestro ente regulador, la Superintendencia de Industria y Comercio, para que surta el subsidio de apelación contra las decisiones tomadas."

Así mismo, se informó sobre la procedencia de los recursos en vía administrativa. (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).

- El 29 de junio de 2013, la usuaria presentó recurso de reposición y subsidio apelación, debido a su inconformidad con la respuesta dada a cada una de sus solicitudes, en tanto consideró que:

1 y 2. la empresa no había entregado detalle de los servicios supuestamente contratados, ni información sobre los canales de activación, autorización de activación y tarifa de los mismos, pues reiteró que los suscriptores no habían solicitado su activación y no se había entregado prueba de su contratación;

3. frente al cobro de dichos servicios en una de las líneas telefónicas, respecto de la cual ya se había solicitado la desactivación de estos, insistió en la existencia de irregularidades puesto que ya había sido clara la voluntad de contar con dichas suscripciones y aún así aparecían nuevamente activados;

4. Los recibos anexos con los que la empresa pretende informar el registro de dineros debitados por cuenta de las mencionadas suscripciones, no cumple con lo requerido puesto que existen periodos anteriores donde se realizó dicho cobro, allí solo se evidencian unos códigos sin especificar a que clase de servicio corresponde y existen códigos adicionales que no fueron relacionados por la empresa pero que si fueron cobrados en las facturas;

5. la peticionaria informó que había remitido copia del recurso y del derecho de petición, a la Superintendencia de Industria y Comercio para que hicieran seguimiento a su caso.

Por ello solicitó:

"1. entregar un registro claro y legible, de todos los servicios adicionales presuntamente contratados, con los valores unitarios y totales cobrados a las cuatro líneas a partir de la fecha de su activación y desde la suscripción del contrato de prestación del servicio de telefonía móvil, con una explicación aclaratoria del tipo de servicio que fue suministrado.

2. Presentar en forma clara, detallada y suficiente la documentación probatoria donde se demuestre que se brindó información de manera clara sobre las condiciones en las cuales se prestan dichas facilidades o aplicaciones, a través del contrato de prestación de servicio y de los mecanismos mencionados en el numeral 11.9 del artículo 11 de la Resolución 3066 de 2011.

3. *presentar documentación probatoria, donde se demuestre que de acuerdo al párrafo 3 del artículo 103.5 Tigo consultó y obtuvo autorización personal con fines comerciales y o publicitarios y para suscribir acuerdos de servicios con proveedores externos.*

4. *Desactivar en forma inmediata todos los servicios de mensaje de texto.*

5. *devolver los dineros cobrados por los mensajes de texto activados a partir de la firma del contrato de servicio de telefonía celular con la empresa Tigo y de acuerdo con los argumentos presentados nunca fueron solicitados.” (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).*

- Mediante oficio del 14 de julio de 2013, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., dio respuesta al recurso de reposición reiterando la información suministrada frente a cada una de la líneas telefónicas, adicionando un cuadro con los códigos de cada servicio activado, señalando nuevamente que trataba se servicios contratados con proveedores externos, indicó que las líneas telefónicas habían sido registradas en las bases de datos como bloqueadas para recibir mensajes promocionales, y finalmente señaló:

“Referente a sus peticiones 2, 3, 4 y 5 de este documento se ha creado una nueva solicitud identificada con el numero CUM-331-13-0000077702, ya que estos no se encontraban estipulados en su requerimiento inicial, el cual se le estará dando respuesta en los términos de ley.

Teniendo en cuenta que recurso de reposición en subsidio apelación fue resuelto de manera favorable, nuestra compañía no efectuará traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la resolución 3066 de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.(...)” (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).

- El 14 de julio de 2014, la señora Adriana Melendro Galvis presentó queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio por cobro indebido de servicios complementarios, donde relata el trámite antes descrito, la supuesta respuesta favorable y la terminación del procedimiento en sede de reposición, así como informa que pese haberse informado que sus líneas telefónicas habían sido bloqueadas para recibir mensajes de texto promocionales, estos siguieron llegando sin previa autorización. (fl.139 CD que contiene

antecedentes administrativos).

- Mediante Resolución 3689 del 30 de junio de 2015, la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, abrió investigación administrativa en contra de la Empresa de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., por la presunta transgresión del artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, esto es, por la presunta omisión de dar trámite al recurso de apelación interpuesto contra la decisión administrativa CUN 4331-13-0000021375 de 2013, pese a que el proveedor del servicio no había otorgado la favorabilidad integral a las pretensiones formuladas por el usuario. (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).
- A través de oficio radicado 14-151716-00005-0000 del 13 de julio de 2015, Colombia Telecomunicaciones SA ESP presentó sus descargos (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).
- Mediante Resolución 61921 del 31 de agosto de 2015, la Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, decretó la práctica de pruebas incorporando las documentales allegadas, prescindió del periodo probatorio y declaró agotada dicha etapa dentro de la actuación administrativa. (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).
- A través de la Resolución 35376 del 07 de junio de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso a Colombia Telecomunicaciones SA ESP, sanción pecuniaria por la suma de 68.945.400, equivalentes a 100 SMLMV, por la transgresión del artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en relación con la decisión administrativa CUN 4331-13-0000021375 de 2013, por las siguientes razones:

“Visto lo anterior, extraña al Despacho la decisión adoptada por el proveedor al resolver los recursos de reposición y en subsidio apelación instaurados por el usuario el 29 de junio de 2013, si se tiene en cuenta que en el cita escrito, además de manifestar inconformidad con la respuesta suministrada a la solicitud encaminada a obtener el registro de los servicios presuntamente

contratados y el valor cobrado por dicho concepto, el usuario expresó su desacuerdo con la respuesta a otras solicitudes que hicieron parte de la petición presentada el 22 de mayo de 2013 (...).

De esta manera, este Despacho considera que para exonerarse de la obligación de remitir el expediente a esta Superintendencia, con el objeto de resolver el recurso de apelación instaurado en subsidio al de reposición, en contra de la decisión empresarial adoptada el 14 de junio de 2013, el proveedor, además de resolver de manera favorable la inconformidad suscitada con la solicitud encaminada a obtener el registro de los servicios presuntamente contratados y el valor cobrado por dicho concepto, debió hacer lo mismo con las peticiones presentadas el 22 de mayo de 2013 e identificadas con los números 2 y 3 habida cuenta que, en el escrito de sustentación de los recursos, el usuario expresó su inconformidad con las respuestas adoptadas en su atención mediante la decisión identificada con CUN 4331-13-0000021375 de 2013."

En cuanto a la docimetría de sanción aludió al criterio denominado gravedad de la falta y a la proporcionalidad de la misma dentro de los límites permitidos por la ley, en cuanto señaló que la omisión del operador generó vulneración al derecho fundamental al debido proceso que permite acudir al ente de control, inspección y vigilancia, para garantizar a los usuarios de servicios de comunicaciones la protección de sus derechos (fl.139 CD que contiene antecedente administrativos).

- Con memorial radicado 14-151716-00015-0000 del 08 de julio de 2016, Colombia Telecomunicaciones SA ESP presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto sancionatorio (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).
- La Directora de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de Resolución 14352 del 29 de marzo de 2017, resolvió adversamente el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución 35376 del 07 de junio de 2016 (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).
- Mediante Resolución 32677 del 07 de junio de 2017, la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió el recurso de apelación confirmando íntegramente la resolución sancionatoria, por cuanto consideró:

"preciado lo anterior, este Despacho encuentra que, si bien la

investigada hizo una descripción de los servicios activados para cada una de las líneas móviles referenciadas por la usuaria, analizado el material probatorio, se colige que la investigada no dio plena favorabilidad a las pretensiones de la señora Melendro Galvis, habida cuenta que no hay un pronunciamiento respecto a la inconformidad relacionada con la insuficiencia de la información suministrada frente a los canales de activación de los servicios adicionales y frente a los cobros realizados a la línea 3017688252, a pesar de haber sido cancelada la suscripción de servicios adicionales; argumentos expuestos plenamente en el escrito de los recursos legales.

En esa medida, no cuestiona esta Superintendencia el trámite dado a las nuevas peticiones presentadas por la usuaria en el recurso de reposición y en subsidio apelación, sino que se reprocha el hecho de que no se otorgó total favorabilidad a lo manifestado por la señora Melendro Galvis en el derecho de petición del 22 de mayo de 2013, y que fue reiterado en el escrito impugnatorio del 29 de junio de 2013." (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).

- Colombia Telecomunicaciones SA ESP, realizó el pago de la multa impuesta por la suma de \$68.945.400, según se observa en recibo de caja número 17-0054455 del 12 de julio de 2017 (fl.139 CD que contiene antecedentes administrativos).

Establecido lo probado en el proceso, le corresponde al Juzgado procede a estudiar el cargo formulado por la demandante.

Infracción de las normas en que debía fundarse

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados violaron el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, dado que, no existe coherencia entre la denuncia presentada y la formulación de cargos o tipificación de la conducta, se otorgó una respuesta favorable a la usuaria y la sanción impuesta no resulta razonable ni proporcionada.

Análisis del Juzgado

Para abordar el cargo propuesto, se debe partir de la norma en que se sustenta la sanción impuesta y se analizará si efectivamente existió o no la conducta reprochada.

Como se expuso en el acápite anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción pecuniaria a Colombia Móvil S.A. E.S.P., por el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54 y numeral 12 del artículo

64 de la Ley 1341 de 2009 y literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en relación con la decisión administrativa CUN 4331-13-0000021375 de 2013, que respondió el derecho de petición presentado por la señora Adriana Melendro Galvis el 22 de mayo de 2013.

Pues bien, el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, dispone:

“ARTÍCULO 54. RECURSOS. Proceden los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice el proveedor de servicios. El recurso de apelación lo resolverá la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control en materia de usuarios. Las solicitudes de los usuarios, así como los recursos de reposición y apelación, deberán resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recibo por el proveedor, o su interposición o recibo en la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control, respectivamente.

(...)

El recurso de apelación, en los casos que proceda de conformidad con la ley, será presentado de manera subsidiaria y simultánea al de reposición, a fin que, si la decisión del recurso de reposición es desfavorable al suscriptor o usuario, el proveedor lo remita a la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control para que esta resuelva el recurso de apelación. Siempre que el usuario presente ante el proveedor un recurso de reposición, este último deberá informarle en forma previa, expresa y verificable el derecho que tiene a interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición, para que en caso que la respuesta al recurso de reposición sea desfavorable a sus pretensiones, la autoridad competente decida de fondo.” (Resalta el Despacho)

A su vez, el artículo 67 de la misma codificación, señala:

“ARTÍCULO 64. INFRACCIONES. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

(...)

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones.” (Subraya el Juzgado).

Por su parte, el artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2001, "Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones", reglamenta que:

"ARTÍCULO 47. RECURSOS. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 1341 de 2009, los recursos o manifestaciones de inconformidad respecto de las decisiones de las peticiones o quejas por parte de los proveedores, en relación con la negativa a celebrar el contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, se regirán por las siguientes reglas:

(...)

47. 3 En el trámite de los recursos de que trata el presente artículo, deberá darse cumplimiento a las siguientes reglas:

(...)

c) **El proveedor cuenta con máximo cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la decisión que resuelve el recurso de reposición, para remitir el expediente completo a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- para que resuelva el recurso de apelación.** Dicho expediente deberá ser remitido por el proveedor en medio físico o digitalizado, de conformidad con lo que para el efecto establezca la SIC."
(Resalta el Despacho)

La demandante aduce que la denuncia presentada por la usuaria ante la SIC, no se encamina a que sea resuelto el recurso de apelación contra decisión adoptada por el operador en respuesta al derecho de petición de fecha 22 de mayo de 2013, y que además no procedía la remisión del expediente a dicha entidad, por cuanto Colombia Móvil atendió favorablemente cada una de las solicitudes objeto del mismo, y respecto de aquellas pretensiones nuevas se asignó un nuevo radicado.

Lo primero que precisa el Juzgado es que las normas que fundamentaron la sanción impuesta a la demandante, es clara en señalar la procedencia de los recurso de reposición y en subsidio apelación, contra las decisiones de los operadores, entre otras, en materia de facturación del servicio, para lo cual, tratándose del recurso de alzada, el prestador del mismo tiene la obligación de remitir el expediente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del acto administrativo que resuelve la reposición, a la Superintendencia de Industria y Comercio, quien decidirá de fondo en los casos en los cuales la decisión del recurso de reposición haya sido

desfavorable al suscriptor o usuario; de manera que si dicho imperativo legal no se cumple, estará sujeto a las sanciones administrativas que procedan.

Pues bien, en el *sub judice*, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró configurada la infracción prevista en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en tanto que, pese a que Colombia Móvil SA ESP no dio respuesta favorable a las pretensiones 2 y 3 del derecho de petición radicado el 22 de mayo de 2013, reiteradas en el recurso de reposición radicado el 29 de junio del mismo año, omitió el deber legal de dar trámite al recurso de apelación, remitiendo el expediente a la entidad de inspección, vigilancia y control para que decidiera de fondo, y por el contrario, dio por terminado el trámite administrativo.

Recordemos entonces, cuales fueron las solicitudes respecto de las cuales la entidad demandada, no encontró que hubieran sido resueltas de manera favorable a la usuaria:

Petición del 22 de mayo de 2013. 2. *"(...) se entregue al peticionario información detallada de los canales de contratación de los servicios a los que haga referencia la petición del numeral primero, con el fin de establecer cuáles son los medios probatorios mediante los cuales se afirma (...), la contratación de servicios adicionales a los de telefonía celular. 3. (...) se entregue al peticionario explicación escrita de por qué sobre la línea 3017688252 siguen existiendo débitos no autorizados sobre el saldo de la misma, habiendo sido estos desactivados por parte del personal de servicio al cliente de la oficina calle 85 con carrera 15 en la ciudad Bogotá de la compañía Colombia Móvil S.A. E.S.P. (...)."*

Recurso de reposición y en subsidio apelación, de fecha 29 de junio de 2013. 2. *"Presentar en forma clara, detallada y suficiente la documentación probatoria donde se demuestre que se brindó información de manera clara sobre las condiciones en las cuales se prestan dichas facilidades o aplicaciones, a través del contrato de prestación de servicio y de los mecanismos mencionados en el numeral 11.9 del artículo 11 de la Resolución 3066 de 2011. 3. presentar documentación probatoria, donde se demuestre que de acuerdo al párrafo 3 del artículo 103.5 Tigo consultó y obtuvo autorización personal con fines comerciales y o publicitarios y para suscribir acuerdos de servicios con proveedores externos. 4. Desactivar en forma inmediata todos los servicios de mensaje de texto."*

Para este Juzgado, resulta claro que, contrario a lo afirmado por la demandante, tanto en la petición inicial como en los recursos interpuestos, la usuaria Adriana Melendro Galvis manifestó su inconformidad con el cobro de servicios adicionales no contratados de manera voluntaria, por lo que ambos escritos solicitó no sólo se informara la forma en que el suscriptor había contratado dichos servicios, sino además se allegaran los elementos probatorios que demostraran su consentimiento, suscripción e información de las condiciones en que se adquieren o adquirieron los mismos. Además se ser recurrente su inconformismo, en cuanto a que pese haber manifestado concretamente que no requería de los servicios adicionales que le estaban siendo cobrados y haber sido desactivados, estos volvían a activarse y cobrarse con posterioridad, por lo que no es cierto que entre la petición inicial y los recursos interpuestos, sólo existía conexidad con la primera pretensión, esto es, con la entrega del registro de los servicios contratados, fecha de activación y cobro detallado de los mismos. Además, aduce la sociedad demandante que esos dos aspectos fueron resueltos de manera favorable así:

Respuesta al derecho de petición de fecha 22 de mayo de 2013 (oficio del 14 de junio de 2013). 2. se informó a la usuaria la dinámica de activación de los mismos, cuyos soportes los constituyen las imágenes de pantalla que se adjuntaron. 3. Se informó a la peticionaria la razón de la reactivación de los cobros por servicios adicionales, y precisando que se trata de un servicio que no presta Colombia Móvil, sino un tercero.

Respuesta al recurso de reposición de fecha 29 de junio de 2013 (oficio del 14 de julio de 2013). El apoderado de la parte actora se limita a transcribir en contenido de la decisión administrativa, sin señalar de manera concreta la forma en que dichas pretensiones fueron resueltas de manera favorable, pues insiste en que las peticiones 2 y 3 del recurso son adicionales y no guardan coherencia con el derecho de petición inicial (fls.89 a 94), afirmación que como ya se explicó resulta errada.

Así las cosas, como se expuso en el acápite de hechos probados, en la respuesta al recurso de reposición dado por el operador del servicio de telefonía móvil, se emitió respuesta únicamente frente al primer punto de lo solicitado por la usuaria, esto es, la información frente a cada una de la líneas telefónicas con los códigos de cada servicio activado, señalando que se trataba se servicios contratados con proveedores externos, y la información sobre el registro de las mismas en las bases de

datos como bloqueadas para recibir mensajes promocionales; no obstante, no se pronunció respecto de los demás puntos, pues consideró que se trataba de nuevas peticiones.

De esta manera, como bien lo señala la entidad demandada en los actos administrativos acusados, la infracción existió, pues la inconformidad relacionada con la insuficiencia de la información suministrada frente a los canales de activación de los servicios adicionales y el material probatorio referente a suscripción de manera voluntaria e informada de los mismos, así como los cobros realizados a la línea 3017688252, pese haber solicitado en varias oportunidades la desactivación y exclusión de los registros para recibir esa clase mensajes, nunca tuvo una respuesta favorable a la usuaria.

En ese sentido, para este Despacho no existe duda de que la conducta infractora existió, dado que al no haberse otorgado favorabilidad íntegra a las peticiones de la señora Adriana Melendro Galvis, la obligación que le asistía a Colombia Móvil S.A. E.S.P., era la de remitir, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la respuesta al recurso de reposición, el expediente a la Superintendencia de Industria y Comercio para que resolviera el recurso de alzada, y no bajo el supuesto de entender a mutuo propio que la usuaria estaba solicitando aspectos adicionales ajenos a su inconformidad inicial, dar por terminado el trámite administrativo, cercenando así el debido proceso de la usuaria, quien además desde la primera petición fue clara en manifestar su intención de que su caso fuera conocido por el ente de inspección, vigilancia y control, quien garantizaría el manejo de su caso se diera dentro del marco de la Ley.

Adicionalmente, debe precisarse que en la queja presentada ante la Superintendente de Industria y Comercio, por servicios cobrados no contratados, se denota con claridad que la inconformidad de la usuaria no sólo porque Colombia Móvil SA ESP continuaba con dichos cobros pese a que se le había informado su exclusión en el registro de bases de datos para recibir mensajes promocionales, sino por el trámite mismo dado a su petición, la cual fue cerrada en reposición sin haberse solucionado realmente su caso.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la demandante al afirmar que existió infracción a las normas en que debía fundarse, por falta de tipicidad y violación al debido proceso, pues por el contrario, la

normatividad en materia de protección a los usuarios de servicios de comunicaciones, establece inequívocamente el imperativo legal de dar trámite al recurso de apelación cuando en sede de reposición no se atiende favorablemente lo pedido por el usuario, y fueron estas disposiciones las que fundamentaron la sanción impuesta.

Ahora bien, para abordar los planeamientos de la actora relativos al docimetría de la sanción, es necesario en primer término traer a colación los artículos 65 y 66 de la ley 1341 de 2009:

“ARTÍCULO 65.- SANCIONES. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.
3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.”

El artículo previamente transcrito, dispone que la persona natural o jurídica que cometa cualquiera de las transgresiones del artículo 64 ídem será sancionada.

Luego, el artículo 66 de la norma establece:

“ARTÍCULO 66. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES.
Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
2. Daño producido.
3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.”

Ahora bien, como la acusación se concreta a que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción, sin analizar la totalidad de los

criterios señalados en el artículo 66 ídem, para imponer la sanción; haciendo un análisis integral de los actos demandados, tal y como expuso en los hechos probados, se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró los criterios que establece la norma y tuvo en cuenta para imponer la sanción, la gravedad de la falta y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

Lo anterior, en tanto que de manera expresa, en el acápite relativo a la sanción de los actos acusados, la Superintendencia de Industria y Comercio valoró sólo los criterios 1 y 4 del artículo en cita (gravedad de la falta y proporcionalidad), en cuanto señaló que la omisión del operador generó vulneración al derecho fundamental al debido proceso que permite acudir al ente de control, inspección y vigilancia, para garantizar a los usuarios de servicios de comunicaciones la protección de sus derechos.

Ahora bien, la norma citada (artículo 66) no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios allí enunciados, sino que estos se constituyen en el marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponer las sanciones, por ello encuentra el Despacho que la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, sin que se evidencie infracción de las normas en que debía fundarse los actos administrativos demandados. La Superintendencia de Industria y Comercio en las Resoluciones 35376 del 7 de junio de 2016, 14352 del 29 de marzo de 2017 y 32677 del 07 de junio del mismo año, valoró el caso particular y la gravedad de la conducta estudiada, señalando claramente los criterios de graduación de la sanción, estos fueron: gravedad de la falta y proporcionalidad, razón por la cual, se encuentra que éstos cumplieron los parámetros legales expuestos.

En cuanto a la proporción y monto de la sanción pecuniaria impuesta a la accionante, debe recordarse que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, para lo cual se trae a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado en un tema similar al que nos ocupa, respecto de una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, donde al estudiar el cargo sobre la multa impuesta, precisó:

“Finalmente en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las

resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda"¹.
(Resalta el Despacho).

En atención a la discrecionalidad con que cuenta la Superintendencia demandada para graduar las sanciones, siempre que estén establecidas dentro del máximo consagrado por la norma. Es claro que la vulneración endilgada ha quedado desvirtuada, por cuanto, por un lado, se establecieron los criterios por los cuales la sanción se impuso dentro del límite fijado en la Ley, que es de 2.000 SMLMV, mientras que la multa impuesta fue de 100 SMLMV.

En atención a los argumentos esgrimidos, los cargos planteados por la demandante no prosperan y el Despacho niega las pretensiones de la demanda, toda vez que no se configuraron ninguna de las causales de nulidad en que considera incurrieron los actos administrativos demandados.

Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, Sección Primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

1 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso – providencia del 28 de enero de 2010- Ref. 2001-00364-01 – Actoras. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada – Andevip y Otros – Demandada – Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

The image shows a handwritten signature in black ink on the left, which is stylized and somewhat illegible. To the right of the signature is a circular official seal. The seal contains the text 'REPÚBLICA DE COLOMBIA' at the top, 'Caso 21410' in the center, and 'Juzgado Tercero Administrativo Circuito de Bogotá' at the bottom.

ERICSON SUESCUN LEÓN
Juez

D.C.R.P.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2018-00050-00
DEMANDANTE: EMSERCHÍA E.S.P.
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la empresa EMSERCHÍA E.S.P., actuando a través de apoderado judicial, formula demanda contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1. Declaraciones y condenas

Que se declare la Nulidad de las Resolución 20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por la cual se resolvió el recurso de apelación ordenando modificar la Resolución 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, proferida por EMSERCHÍA E.S.P., retirando el consumo registrado por el macromedidor para medir las áreas comunes y su correspondiente facturación.

Que a título de Restablecimiento del derecho se declare que la medición realizada por EMSERCHÍA E.S.P., al Conjunto Residencial Samán y su posterior facturación es correcta y por tanto, las decisiones empresariales no debieron ser objeto de modificación por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; así como, el reconocimiento y pago de las sumas sujetas a devolución y lo dejado de facturar a dicho conjunto, hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia con su respectiva indexación.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en la forma y término dispuesto en los artículos 298 y 299 del CPACA y se condene en costas y agencias en derecho a la demanda.

2. Hechos de la demanda

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, en síntesis, son:

El 17 de abril de 2017, el señor Juan Gabriel Tovar, representante legal del predio con código interno 2306947, presentó reclamación ante la empresa EMSERCHÍA E.S.P. manifestando su desacuerdo con el consumo registrado en la factura 2014297421, respecto del servicio de acueducto de la copropiedad Conjunto Residencial Samán, argumentando que el consumo debía realizarse con base en los consumos registrados por el micromedidor instalado para tal efecto, y no con el macromedidor.

La empresa EMSERCHÍA E.S.P., mediante Resolución 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, notificada mediante aviso el 17 del mismo mes y año, resolvió negativamente lo solicitado.

El Conjunto Residencial Samán, mediante radicado 31741 del 19 de mayo de 2017, interpone recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha decisión.

Mediante acto administrativo 341 del 08 de junio de 2017, EMSERCHÍA E.S.P. resuelve adversamente el recurso de reposición y concede el de apelación.

Mediante Resolución 20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, resolvió el recurso de apelación ordenando oficiar la Resolución 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, ordenando retirar la facturación resultante de la medición del macromedidor.

3. Normas violadas y concepto de la violación

De las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por la demandante se pueden concretaren en el siguiente cargo:

Infracción de las normas en que debía fundarse

Señala la parte actora que los actos administrativos demandados violaron el derecho al debido proceso, en tanto que, no permitió a la empresa de servicios públicos domiciliarios el cobro de consumos reales y de una modalidad de medición autorizada por la ley en cuanto a las áreas comunes, vulnerando el principio de recuperación de costos, como se describe a continuación:

Indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, en concordancia con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, la micromedición de las zonas comunes no es apta, ya que no garantiza la medición de todos los puntos hidráulicos, como lo son las tuberías instaladas internamente, antes de la entrada a los inmuebles privados o locales, y no es obligación de la empresa responder por tales consumos que no pueden ser medidos de manera individual, tal como lo indica el Decreto 1077 de 2015.

Señala que de acuerdo con la Resolución CRA 692 de 2014, al tratarse el agua de un recurso natural no renovable, de no aplicarse el sistema de facturación con el macromedidor o medidor general, sino uno individual para las áreas comunes, no se podría percatar sobre los desperdicios de agua por concepto de averías en las redes internas, conexiones ilegales, entre otras, lo cual conlleva a que la empresa asuma pérdidas que son responsabilidad exclusiva de un predio privado.

En igual sentido, manifiesta que el artículo 95, numerales 1 y 8 de la Ley 373 de 1997, exige a las empresas la obligación de asegurar la medición de los usuarios, buscando la reducción de pérdidas de agua no contabilizada, por lo que asegura que al excluir este tipo de facturación para el caso concreto, se está ocasionando el traslado de pérdida de agua, al total del sistema de agua potable, y no está siendo asumida por quien es el titular y dueño de las redes hidráulicas internas.

Finalmente, manifiesta que, el artículo 75, numeral 2 de la Resolución RAS 330 de 2017, establece el deber de instalar macromedidores para las propiedades horizontales que tengan más de 12 unidades privadas en su interior, así como contempla las condiciones técnicas del sector de acueducto, alcantarillado y aseo.

4. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de su apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

Indicó que el acto administrativo demandado no desconoce el derecho a recuperar los costos administrativos invertidos en la prestación del servicio, ya que en ningún momento se modificó el régimen tarifario, sino por el contrario, se determinó la errada medición y facturación de unos consumos, dado que conforme al mencionado régimen, el consumo debe registrarse por medidores individuales aun incluso en áreas comunes, y sólo cuando excepcionalmente no sea posible técnicamente la medición individual, podrá hacerse mediante un medidor general, situación esta última que no logró demostrar la empresa demandante.

Indica que su decisión se sustenta en la protección a los derechos de los consumidores y/o usuarios, en tanto a que su consumo sea medido correctamente, pues es éste el elemento principal del precio facturado, señalando que la alegada alteración de costos que pretende la parte actora, no se encuentra demostrada, pues en ningún momento indica de manera concreta el periodo o existencia de pérdida de recuperación de costos derivados de la prestación del servicio.

Explica que, en caso de unidades residenciales múltiples, como los edificios y conjuntos cerrados, debe existir un medidor de control, y de no ser posible la medición individual en áreas comunes, se deberá instalar un medidor general en la acometida, cuyo consumo será igual a la diferencia entre el volumen registrado y la suma de los consumos registrados por los medidores individuales, no obstante, en el presente caso no se discutió sobre la medición individual de cada una de las unidades residenciales y zonas comunes que integran la copropiedad, por lo que el consumo conforme al medidor general no era procedente, pues la demandante no probó que otra zona común se encontraba con acometida disponible para su uso, que generara el consumo objeto de medición, así como tampoco la imposibilidad técnica para el registro individual del medidor instalado en las zonas comunes.

Por lo anterior, propuso la excepción de fondo denominada legalidad del acto administrativo demandado.

5. Actuación procesal

La demanda se radicó el 29 de enero de 2018, ante el Juzgado Primero Administrativo de Zipaquirá (fl.306), quien por auto del 08 de febrero del mismo año declaró la falta de competencia y remitió el expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá (fl.308).

El asunto correspondió por reparto a este Despacho el 21 de febrero de 2018 (fl.310), y por auto del 28 de febrero del mismo año, se inadmitió (fls.312 y 313). Subsanadas las falencias, mediante providencia del 02 de mayo de 2018, este Juzgado admitió la demanda (fls.319 a 324). La notificación electrónica a la entidad demandada, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al tercero con interés se realizó el 16 de julio de 2018 (fls.328 a 339).

De las excepciones propuestas por el extremo pasivo, se corrió el traslado respectivo (fl.434), sin pronunciamiento de la parte demandante ni del tercero con interés (fl.439)

Por auto del 05 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se declaró que el tercero con interés no efectuó manifestación y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial (Fl.440).

La audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, se realizó el 28 de mayo de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se efectuó pronunciamiento sobre las excepciones previas, se realizó la fijación del litigio, se agotó la etapa de conciliación, se incorporaron las documentales solicitadas por las partes, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar por escrito (Fls.412 a 449).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, los apoderados del tercero con interés y de la parte demandante, presentaron los alegatos de conclusión (Fls.454 a 466 y 467 a 475).

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y señaló que debe aplicarse, como en otros casos decididos por la Superservicios, la aplicación de medición con macromedidores en las áreas comunes, puesto que conforme a las pruebas de campo

realizadas en diciembre de 2017, se ratificó la imposibilidad de la medición de todas las redes hidráulicas de las áreas comunes, pues existen 503.8 metros que no pueden ser medidos (fls.467 a 475).

6.2 Parte demandada

El apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no presentó alegatos de conclusión.

6.3 Tercero con interés – Conjunto Residencial Samán -

La apoderada del tercero con interés, solicitó negar las pretensiones de la demanda. Señaló que la actuación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se ajustó a derecho, en especial los preceptos del Decreto 302 de 2002 y la Ley 675 de 2001, en cuanto a la obligación de facturación con base en los consumos correctamente medidos, pues la medición general de áreas comunes sólo aplica cuando no sea posible técnicamente la medición individual.

Indicó que, es derecho de los consumidores obtener de las empresas la medición de los consumos reales, en el periodo de facturación respectivo, por lo que no puede pretender con base en una visita técnica posterior a la facturación y a la expedición del acto administrativo demandado, que se revoque la decisión adoptada por el ente de control, dado que dicha acta ni siquiera hizo parte del expediente administrativo.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Fijación del litigio.

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo expedido por

la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual se modificó la decisión 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, proferida por la empresa EMSERCHÍA E.S.P, o si por el contrario dicho acto administrativo adolece de las causales de nulidad invocadas y en consecuencia se encuentran ajustados a derecho.

3. Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si ¿la Resolución 20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, fue proferida con infracción a las normas en que debía fundarse y por tanto, con violación al debido proceso por desconocer la normatividad establecida para la medición de consumos en áreas comunes y el principio de recuperación de costos?

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- Desde el año 2013 y hasta diciembre de 2017, el Conjunto residencial Samán presentó diversas reclamaciones ante la empresa EMSERCHÍA E.S.P., entre ellas, por la facturación de consumos con base en los registros de macromedidor en áreas comunes, pese a la existencia de medidores individuales en cada unidad residencial, así como en áreas comunes, las cuales fueron decididas en sede de apelación por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en favor del usuario, ordenando a la empresa retirar de la facturación dichos consumos (fls.27 a 143 y 175 a 272).
- En lo que respecta al caso concreto, el 17 de abril de 2017, el representante legal del Conjunto Residencial Samán presentó reclamación contra la factura número 2014297421, correspondiente al consumo de áreas comunes registrado por el macromedidor instalado, pese a que en dichas zonas existe medidor individual (fls.145 a 149 y 365 a 369).
- La factura objeto de reclamación, corresponde al periodo comprendido entre el 11 de enero de 2017 al 13 de marzo de 2017, correspondiente a los datos del medidor 11-100287, donde se registró lo siguiente: total consumo de acueducto \$870,402,

discriminado así: consumo básico 34, total a pagar \$127,204, consumo complementario 34, total al pagar \$127,204, consumo suntuario 161, total a pagar 602.364 y cargo fijo 13,648; otros conceptos (deuda anterior) \$7.304.058; total a pagar \$8.174.460. (fl.150 y 370).

- Se observa Acta de Inspección de fecha 19 de enero de 2017, al Conjunto Residencial Samán por parte de EMSERCHÍA E.S.P., en la cual no se registra el número de medidor inspeccionado ni el motivo de la visita (fl.151 y 371).
- Según Acta de Inspección de fecha 15 de marzo de 2017, la empresa EMSERCHÍA E.S.P., realiza visita al Conjunto Residencial Samán, sobre el medidor número 11100287, donde se deja la siguiente observación: “se confirma lectura macro alimenta 88 casas con micromedidor, 70 más comunes, portería no se encuentra administrador al momento de la visita” (fl.152 y 372).
- Mediante acto administrativo 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, la empresa de servicios públicos de Chía EMSERCHÍA E.S.P., decidió adversamente la reclamación presentada por el Conjunto Residencial Samán, en los siguientes términos:

“(...) le informamos que la función del macromedidor es el de registrar la totalidad del agua que ingresa al conjunto, del consumo del macromedidor son descontados el consumo de los micromedidores instalados en el conjunto, aclarando que de acuerdo con el diseño hidráulico existente en la copropiedad, el agua que ingresa por la acometida del macromedidor surte directamente a un tanque de almacenamiento ubicado al interior del conjunto y desde este el usuario abastece por sistema de bombeo la red interna, al igual que los posibles consumos que se hagan desde este punto sin medición, por lo anterior, la empresa aplicó lo establecido en el decreto 3050 de 2013, en su artículo 4 (...)

Respecto a la factura No. 2014297421 del periodo marzo – abril de 2017, le informamos que corresponde a la diferencia de consumos entre macromedidor y micromedidores de cada unidad de vivienda del conjunto mas los valores adeudados de periodos anteriores. (...)” (fls.154 a 156 y 374 a 376).

- El 19 de mayo de 2017, la unidad residencial presentó recurso de reposición y subsidio apelación, debido a su inconformidad con la

respuesta dada, en tanto que, lo expuesto por la empresa no justificaba la medición del consumo con un macromedidor, cuando para las áreas comunes existía medidor individual (fls.158 a 161 y 378 a 381).

- Previo a decidir el recurso de reposición, el recurrente solicitó realizar visita técnica para verificar el consumo real de las áreas comunes del conjunto residencial, por lo que la empresa hoy demandante emitió orden de trabajo 73016 del 06 de junio de 2017, donde se consignó lo siguiente: *“Documentos presentados, lectura 73270 medidor girando serial 11100287, se suministra al tanque almacenamiento, se suministra a 88 casas. Observaciones del operador. Se cuenta con medidor para portería, baño junto a tanque, salón social, cuarto de basuras, lectura 344 serial 13014988 (...)”* (fl.166 y 387).
- Mediante Resolución 341 del 08 de junio de 2017, EMSERCHÍA E.S.P., resolvió el recurso de reposición confirmando la facturación objeto de reclamación, reiterando los argumentos expuestos en la decisión inicial, y adicionando lo siguiente:

“Por lo anteriormente transcrito, es relevante hacer claridad al ente de control y al usuario que resulta técnicamente imposible determinar que a través de un micromedidor sea posible determinar que los amplios tanques, llaves jardineras, llaves de caminos comunes, portería, administración, salón social etc, sea medida la totalidad de agua consumida en los mismos, máxime cuando dicha copropiedad posee una extensión aproximada de 47.351 M2 de área privada, lo que a todas luces resulta técnicamente imposible, guardando relación con la magnitud de la copropiedad por cuanto, cuenta con una extensión de 4.73 hectáreas aproximadamente, es imposible micro medirla a través de un sólo micromedidor de zonas sociales, adicionalmente a eso y teniendo en cuenta que no contamos con planos hidráulicos actualizados de dicha copropiedad no es procedente para el ente prestados del servicio determinad con seguridad que el agua consumida es micro medida en su totalidad, solamente a través del registro del macromedidor es técnicamente posible establecer que se facture la totalidad del agua que ingresa al conjunto, situación que nos ubica en el supuesto contemplado en el artículo 5 del Decreto 229 de 2002, donde a pesar que existan algunos micromedidores de zonas sociales, técnicamente no es posible a medición de la totalidad del agua que ingresa al conjunto a través solamente, los micromedidores (SIC), dado que el ente de control está limitando la definición de zonas comunes solamente al salón social, portería y shut (SIC), desconociendo la definición legal del mismo contenida en la Ley 675 de 2015 (...)” (fls.142 a 147 y 389 a 394).

- Mediante resolución SSPD-20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, la directora Territorial Centro de la superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, resolvió el recurso de apelación impetrado contra el acto administrativo 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, proferido por la empresa de servicios públicos de Chía EMSERCHÍA E.S.P., mortificándola, y en su lugar dispuso retirar de la facturación el consumo registrado por el macromedidor, por las siguientes razones:

“De acuerdo con las citadas normas, es obligatorio que las áreas comunes de edificios o unidades inmobiliarias cerradas dispongan de medición individual, salvo que no sea técnicamente posible. De conformidad con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, la instalación de esos medidores deberá hacerla a quien corresponda según el contrato de condiciones uniformes.

Ahora bien, es obligatorio que las áreas comunes de edificios o unidades inmobiliarias cerradas dispongan de medición que permita facturar los consumos correspondientes.

Solamente en caso de que no sea técnicamente posible la medición individual del consumo de áreas comunes se debe instalar un medidor general en la acometida y calcular el consumo de las áreas comunes como la diferencia entre el volumen registrado por el medidor general y la suma de los consumos registrados por los medidores individuales.

En el presente caso, señala el usuario que cada una de las viviendas y zonas comunes posee un micromedidor independiente cuyo consumo es facturado y cancelado aparte, por lo tanto de acuerdo a lo señalado por el usuario el cobro efectuado por la diferencia entre el macromedidor y los medidores individuales, no es procedente, toda vez que desde el momento en que se individualizó el consumo de cada una de las unidades del conjunto con la instalación de medidores, el macromedidor debía ser retirado de facturación y quedar únicamente como mecanismo de control, por cuanto cada unidad cuenta con su propio micromedidor.

Este medidor de Control (sic), es empleado para verificar o controlar temporal o permanentemente el suministro de agua y la existencia de posibles consumos no medidos a un suscriptor o usuario. Su lectura no debe emplearse en la facturación de consumos, ni al multiusuario ni los usuarios responsables del consumo no medido.” (fls.18 a 21 y 398 a 401).

- En virtud de una reclamación distinta a la realizada sobre la factura número 2014297421 y que conllevó a la expedición del acto administrativo aquí demandado, el Conjunto Residencial

Samán solicitó la revisión de la factura 2014611181, del periodo comprendido entre el 09 de septiembre al 09 de noviembre de 2017, relativo a consumos registrados por el referido macromedidor en áreas comunes, para lo cual la empresa realizó visita de inspección al predio el día 19 de diciembre de 2017 y verificó el funcionamiento del medidor 11100287, así mismo se describió la siguiente conclusión: *“no es posible la medición integral de las áreas comunes por cuanto la red interna y las longitudes de las acometidas de las 78 casas (303.8 metros) o puede medir con un micromedidor es necesario empezar (SIC) el macromedidor a la entrada de la P.H. (SIC)”* (fls.274 a 292).

Establecido lo probado en el proceso, le corresponde al Juzgado procede a estudiar el cargo formulado por la demandante.

Infracción de las normas en que debía fundarse

Considera la parte actora que el acto administrativo demandado violó el derecho al debido proceso, dado que, no permitió a la empresa de servicios públicos domiciliarios el cobro de consumos reales y de una modalidad de medición autorizada por la ley en cuanto a las áreas comunes, vulnerando el principio de recuperación de costos, así como, trasgredió lo dispuesto en los artículos 9, en concordancia con el artículo 144 de la Ley 142 de 1994; el Decreto 1077 de 2015; la Resolución CRA 692 de 2014; el artículo 95, numerales 1 y 8 de la Ley 373 de 1997; y el artículo 75, numeral 2 de a Resolución RAS 330 de 2017, ya que en el caso concreto la micromedición de las zonas comunes no es apta, pues no garantiza la medición de todos los puntos hidráulicos, antes de la entrada a los inmuebles privados o locales, con lo cual no se podría percatar sobre los desperdicios de agua por concepto de averías en las redes internas, conexiones ilegales, entre otras.

Análisis del Juzgado

Para abordar el cargo propuesto, el Juzgado debe en primer lugar hacer un breve análisis sobre el régimen de servicios públicos domiciliarios la posición dominante de las empresas que prestan dichos servicios y la consecuente obligación de medición del consumo y debida facturación.

El Juzgado se remitirá a lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 18 de septiembre de 2018¹ y las normas que rigen la materia.

- Consideraciones generales sobre los servicios públicos y la intervención del Estado en ellos.

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política², los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado social de derecho, por lo que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, así, el régimen jurídico de los servicios públicos será el que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, entendiendo siempre el estado la regulación, el control y la vigilancia de los mismos.

La noción de servicios públicos es amplia y comprende la categoría especial de los servicios públicos domiciliarios, los cuales han sido definidos como “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”³. Así, el artículo 370 ídem estableció como atribución del Presidente de la República la de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

De igual forma, en uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 de 1994, estatuto que dispuso la obligación de la prestación eficiente, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante⁴; norma que establece como uno de los fines de la intervención estatal en el sector de los servicios públicos domiciliarios garantizar la libre competencia e impedir el abuso de la posición dominante, con miras a realizar la finalidad social que caracteriza a dichos servicios.

1 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00282-01

2 Artículos 1, 2 y 365

3 Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 Artículo 2, numerales 2.1., 2.4., 2.5. y 2.6

Lo anterior significa que nuestra normatividad, no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado, sino que impone al Estado la obligación de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional.

En ese orden, la Ley 142 de 1994 fijó un régimen especial en el que se define en qué consiste la posición de dominio y en su artículo 14⁵, establece que la empresa de servicios públicos domiciliarios per se tiene una posición dominante frente a los usuarios.

Así, el artículo 133 ídem establece expresamente unas cláusulas de los contratos de servicios públicos en los que se presume el abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos y, de modo general, prevé que se considerará como una cláusula de esa naturaleza cualquiera otra que limite en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo.

Por tanto, es claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios ostentan per se una posición de dominio frente a sus usuarios y esa posición se expresa en el momento en que éstos se vinculan con aquella a través del contrato de condiciones uniformes, así como en el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato celebrado, entre éstas, a cargo de la empresa, relativas a la prestación del servicio en condiciones de calidad, de forma continua e ininterrumpida y al cobro únicamente por los bienes o servicios provistos y por los servicios efectivamente prestados.

- *Obligación de medición del consumo y debida facturación*

Ahora bien, como elementos de la ejecución del contrato tenemos aspectos como la medición del consumo y la facturación del servicio, los cuales deben acogerse no sólo a lo pactado en las condiciones uniformes, sino a la Ley y la reglamentación vigente. Así, el artículo 9 de la Ley 142 de 1994 dispuso:

5 ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.13 POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado". (subraya el Juzgado)

“ARTÍCULO 9o. DERECHO DE LOS USUARIOS. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley” (Subraya la Sala).

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Régimen de Servicios Público Domiciliarios⁶, la facturación del consumo deberá corresponder a la debida medición del mismo; de manera que cuando ello se realiza en contravía de los derechos de los usuarios y de la regulación respectiva, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios estará abusando de posición dominante y por ende la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podrá ejercer su posición de garante en la adecuada prestación de éstos servicios.

Caso concreto

Para determinar entonces si la Resolución SSPD-20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, fue proferida con infracción a las normas en que debía fundarse, se debe partir de las normas en que se sustenta dicho acto administrativo. En primer lugar, la Superintendencia demandada se refiere a la obligación de medición de consumo reales, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley 142 de 1994, previamente transcrito, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 146 de la misma codificación en cuanto dispone:

“ARTÍCULO 146. LA MEDICIÓN DEL CONSUMO, Y EL PRECIO EN EL CONTRATO. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario. (...)”

⁶ Ley 142 de 1994, Artículo **“14.9. FACTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS.** Es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos.”

Ahora bien, el artículo 1 del Decreto 229 de 2002, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 302 del 25 de febrero de 2000, éste último reglamentario de la Ley 142 de 1994 en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, definió lo siguiente:

“ARTICULO 1. *El artículo 3º del Decreto 302 de 2000, quedará así:*

ARTICULO 3. Glosario. Para la aplicación del presente decreto se definen los siguientes conceptos:

3.1. Acometida de acueducto. Derivación de la red de distribución que se conecta al registro de corte en el inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios la acometida llega hasta el registro de corte general, incluido éste.

3.22. Medidor. Dispositivo encargado de medir y acumular el consumo de agua.

3.23. Medidor individual. Dispositivo que mide y acumula el consumo de agua de un usuario del sistema de acueducto.

3.24. Medidor de control. Dispositivo propiedad del prestador del servicio de acueducto, empleado para verificar o controlar temporal o permanentemente el suministro de agua y la existencia de posibles consumos no medidos a un suscriptor o usuario. Su lectura no debe emplearse en la facturación de consumos.

3.25. Medidor general o totalizador. Dispositivo instalado en unidades inmobiliarias para medir y acumular el consumo total de agua.

(...)

3.52. Unidades inmobiliarias cerradas. Las unidades inmobiliarias cerradas son conjuntos de edificios, casas y demás construcciones integradas arquitectónica y funcionalmente, que comparten elementos estructurales y constructivos, áreas comunes de circulación, recreación, reunión, instalaciones técnicas, zonas verdes y de disfrute visual; cuyos copropietarios participan proporcionalmente en el pago de las expensas comunes, tales como los servicios públicos comunitarios, vigilancia, mantenimiento y mejoras.” (Subraya fuera de texto).

Así mismo, el artículo 4 ídem establece la obligatoriedad de los medidores de acueducto, cuando ello sea técnicamente posible, por cada acometida, es decir que la medición debe ser individual por cada derivación de la red de distribución que se conecte a un inmueble.

Por su parte el artículo 5 de la misma reglamentación estipulo los casos en los cuales pueden ser utilizados los medidores generales y de control, así:

ARTICULO 5. *El artículo 16 del Decreto 302 de 2000, quedará así:*

ARTICULO 16. De los medidores generales y de control. En el caso de edificios o unidades inmobiliarias cerradas podrá existir un medidor de control inmediatamente aguas abajo de la acometida. Deben existir medidores individuales en cada una de las unidades habitacionales o no residenciales que conforman el edificio o las unidades inmobiliarias o áreas comunes.

Las áreas comunes de edificios o unidades inmobiliarias cerradas deben disponer de medición que permitan facturar los consumos correspondientes. De no ser técnicamente posible la medición individual del consumo de áreas comunes, se debe instalar un medidor general en la acometida y calcular el consumo de las áreas comunes como la diferencia entre el volumen registrado por el medidor general y la suma de los consumos registrados por los medidores individuales".

Por último, el artículo 32 de la Ley 675 de 2011 que establece:

“ARTÍCULO 32. OBJETO DE LA PERSONA JURÍDICA. *La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal.*

PARÁGRAFO. Para efectos de facturación de los servicios públicos domiciliarios a zonas comunes, la persona jurídica que surge como efecto de la constitución al régimen de propiedad horizontal podrá ser considerada como usuaria única frente a las empresas prestadoras de los mismos, si así lo solicita, caso en el cual el cobro del servicio se hará únicamente con fundamento en la lectura del medidor individual que exista para las zonas comunes; en caso de no existir dicho medidor, se cobrará de acuerdo con la diferencia del consumo que registra el medidor general y la suma de los medidores individuales.” (Resalta el Juzgado)

Las normas referidas señalan claramente que, para la medición del consumo, por regla general, cada usuario debe contar con un medidor de acueducto, con base en cual deberá realizarse la facturación. No obstante, existen algunas excepciones en las cuales podrán utilizarse medidores generales o de control, como es el caso de edificios o unidades inmobiliarias cerradas, que comparten zonas comunes,

precisando que el primero de ellos no puede ser utilizado para la facturación, mientras que el segundo sí, pero únicamente respecto del consumo de áreas comunes.

De esta manera, no hay duda que tratándose de usuarios individualizados, la facturación del consumo deberá corresponder con lo registrado por el medidor propio y no por la diferencia de lo registrado en un medidor general y los medidores individuales, pues esa metodología sólo puede ser aplicada cuando existiendo propiedad horizontal o unidades inmobiliarias cerradas, no exista medidor independiente para registrar el consumo de zonas comunes.

En consonancia con lo anterior, el artículo 148 de la Ley 142 de 1994, estableció requisitos mínimos que deben contener las facturas, con el fin de que el usuario conozca con claridad lo que se le está cobrando y ello corresponda realmente con los servicios recibidos y con su consumo. La norma dispone:

“ARTÍCULO 148. REQUISITOS DE LAS FACTURAS. Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan éstos y su precio con los de períodos anteriores, y el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.

En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.” (Subraya la Sala)

La norma refiere que no se podrán cobrar servicios no prestados, tarifas o conceptos no definidos en la Ley. Así, la Resolución CRA 151 de 2001, que adoptó la regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, definió los cobros no autorizados como el valor cobrado a los usuarios que incumplen la normatividad vigente, para lo cual estableció el procedimiento para su devolución. Por su parte, la Resolución CRA 294 de 2004, en desarrollo de lo anterior, estableció la devolución de cobros no autorizados para los servicios de

acueducto, alcantarillado y aseo, como criterio general de protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a la factura y en su artículo 1 dispuso:

*“ART. 1º— (Modificado por la Resolución CRA 659 de 2013 artículo 1º). **Identificación de los cobros no autorizados.** Cuando los organismos de control o el prestador del servicio, de oficio o a petición del suscriptor o usuario encuentren que se han realizado cobros no autorizados, el prestador del servicio recalculará el valor cobrado, con el propósito de corregir el valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso.*

Los cobros no autorizados pueden tener su origen en servicios no prestados, tarifas que no corresponden a la regulación y cobros de conceptos no previstos en la ley y en los contratos de condiciones uniformes.

En el caso de cobros no autorizados motivados en la factura, el monto a devolver al suscriptor o usuario será la diferencia entre la factura cobrada y la factura correctamente liquidada, para el estrato o sector al que pertenece el suscriptor o usuario, junto con los intereses y los ajustes de subsidios y contribuciones a que haya lugar.

(...)” (resalta el Juzgado).

En el *sub judice* se probó que, para el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2017 al 13 de marzo de 2017, se encontraban instalados en el Conjunto Residencial Samán del municipio de Chía, un medidor de control o macromedidor, número 11-100287, que registraba el total de agua de la acometida principal de la copropiedad, así como un medidor individual o micromedidor para zonas comunes con número 13014988 y medidores individuales para cada unidad inmobiliaria (fls. 150 a 152, 166, 370 a 372 y 387), el primero de ellos, instalado, conforme a lo dispuesto en las normas referidas, con el fin de facturar el consumo de la obra, mientras se instalaban los medidores individuales en cada predio y zonas comunes. En consecuencia, la instalación del macromedidor y la medición del consumo con base en sus lecturas resultaría justificado, en la medida en que previo a la instalación de los medidores individuales, se trataba de una sola acometida que correspondía a la totalidad de la obra, y por ende no se contaba con desviación de red de distribución para cada una de las unidades residenciales y áreas comunes.

Así, conforme la normatividad ya estudiada, resulta claro que una vez instalados los medidores individuales, se torna ilegal la medición del consumo con base en el macromedidor y por ende la facturación del servicio de acueducto debe efectuarse conforme a las lecturas registradas para cada acometida. Entonces, de realizarse algún cobro teniendo en cuenta el registro de consumo del macromedidor, éste se torna como un cobro no autorizado, pues está contrariando la Ley.

En el caso que nos ocupa, se pudo constatar que pese a haberse instalado el medidores individual en áreas comunes, se continuó facturando el servicio de acueducto con el registro del macromedidor, utilizando para ello, según su propio dicho, la sustracción o diferencias de lecturas registradas entre el macromedidor y los medidores individuales; lo cual se observa en la factura objeto de reclamación por parte del usuario, numero 2014297421, en la que se importa el supuesto consumo de servicio de acueducto de áreas comunes correspondiente al periodo 11 de enero de 2017 al 13 de marzo de 2017 (fl.150 y 370).

Lo anterior permite concluir que la demandante aplicó indebidamente el método de facturación que sólo es permitido de manera excepcional para el caso de edificios o unidades inmobiliarias cerradas, que comparten zonas comunes y que no cuentan con medidor individual para esas áreas, contenido en el artículo 32 de la Ley 675 de 2004.

Así las cosas, no existió violación a las normas en que debía fundarse el acto administrativo demandado, pues en efecto la situación antes descrita fue el fundamento central de la decisión del ente de inspección, vigilancia y control de modificar el acto administrativo 20170073003859 del 05 de mayo de 2017, proferido por la empresa de servicios públicos de Chía EMSERCHÍA E.S.P., en cuanto dispuso retirar de la facturación el consumo registrado por el macromedidor para dicho periodo.

Ahora bien, sostiene el apoderado de la parte actora que la Resolución SSPD-20178140140125 del 11 de septiembre de 2017, trasgredió el artículo 144 de la Ley 142 de 1994; el Decreto 1077 de 2015; la Resolución CRA 692 de 2014; el artículo 95, numerales 1 y 8 de la Ley 373 de 1997; y el artículo 75, numeral 2 de la Resolución RAS 330 de 2017. Al respecto, es del caso traer a colación cada una de las normas señaladas como vulneradas, así:

En lo que se refiere al Decreto 1077 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio", la demandante no señala de manera concreta en que aspecto o que norma específica considera vulnerada, por lo que resulta imposible para ese juzgador realizar un pronunciamiento frente al mismo.

Ahora bien, en cuanto a la Resolución CRA 692 DE 2014, advierte el Despacho que la misma se refiere a la publicación del proyecto de Resolución "Por la cual se modifica la Resolución CRA 493 de 2010 'Por la cual se adoptan medidas para promover el uso eficiente y ahorro del agua potable y desincentivar su consumo excesivo", y se inicia el proceso de discusión directa con los usuarios y agentes del sector", lo cual significa que no contiene ningún imperativo legal o reglamentario que pueda tenerse como vulnerado o infringido, en materia de uso eficiente del agua.

Ley 142 de 1994

"ARTÍCULO 144. DE LOS MEDIDORES INDIVIDUALES. *Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.*

(...)

No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor. (se subraya).

En lo que respecta a la Ley 373 de 1997, "Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua.", la parte actora manifiesta que en concreto se vulneraron el artículo 95, numerales 1 y 8, no obstante, dicha codificación contempla únicamente 18 artículos y en ninguno de ellos se indica "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios " y "proteger los recursos "()" naturales y velar por su

conservación", como erradamente se transcribió en el libelo demandatorio, no obstante, en su artículo 6, la norma señala:

"ARTICULO 6o. DE LOS MEDIDORES DE CONSUMO. *Todas las entidades que presten el servicio de acueducto y riego, y demás usuarios que determine la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental competente, disponen de un plazo de un año contado a partir de la vigencia de la presente ley, para adelantar un programa orientado a instalar medidores de consumo a todos los usuarios, con el fin de cumplir con lo ordenado por el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.*

La Comisión de Regulación de Agua Potable y las autoridades ambientales podrán exonerar de esta obligación a las empresas cuyos usuarios no superen en promedio el consumo mínimo o básico por ellas establecido, según sus respectivas competencias legales." (Subraya el Despacho)

Finalmente, la Resolución RAS 373 de 2017, "Por la cual se adopta el reglamento técnico para el sector de agua potable y saneamiento básico – RAS y se derogan la Resoluciones 1096 de 2002, 0424 de 2001, 0668 de 2003, 1459 de 2005, 1447 de 2015 y 2320 2009", en su artículo 75 establece:

"ARTICULO 75o. MICROMEDICIÓN. *Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 373 de 1997, la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 457 DE 2008 o aquellas que las modifiquen, adicionen o sustituyan, para todos casos es obligatorio colocar medidores domiciliarios para cada uno de los suscriptores individuales del servicio de acueducto, Las excepciones a dicha regla serán las establecidas en dicha normas.*

(...)

2. En el caso de edificios o conjuntos multifamiliares que superen las doce (12) unidades habitacionales, se debe instalar un medidor totalizador en la acometida. También deben existir medidores individuales en cada uno de los apartamentos o interiores que conforme el edificio o conjunto multifamiliar"

Como se observa, no existe transgresión a las normas señaladas, pues por el contrario, las mismas reiteran la obligación de medición real de los consumos a través de medidores individuales para cada suscriptor individual del servicio de acueducto, como sería en este caso la copropiedad Conjunto Residencial Samán, respecto de sus áreas

comunes, de manera que sólo cuando no exista tal micromedidor, será posible la medición del consumo tomando como base la diferencia entre los medidores individuales de cada unidad habitacional y el registrado por el macromedidor o totalizador, lo cual no ocurre en el presente caso, pues se insiste en que para las zonas comunes existía un medidor individual con número 13014988.

Además, debe advertirse que lo que aquí se discute no es si la empresa podía o no instalar un macromedidor, lo cual claramente está permitido, sino, que, si el registro de dicho medidor podía ser utilizado para la facturación del servicio de acueducto, lo cual, como se explicó, en el presente caso no era procedente.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto por la sociedad demandante según el cual la micromedición de las zonas comunes no es apta, pues no garantiza la medición de todos los puntos hidráulicos, antes de la entrada a los inmuebles privados o locales, con lo cual no se podría percatar sobre los desperdicios de agua por concepto de averías en las redes internas, conexiones ilegales, entre otras, lo cual dice, se puede corroborar con la visita de inspección realizada al inmueble el día 19 de diciembre de 2017 (fls.290 a 292), debe señalar el Juzgado que la misma carece de respaldo probatorio y no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda, dado que en primer lugar los conceptos técnicos o revisiones debían corresponder al periodo de facturación que fue objeto de reclamación en el caso concreto, esto es 11 de enero de 2017 a 13 de marzo de 2017, y no de periodos posteriores, como ocurre con la visita de inspección referida, y en segundo lugar porque, en todo caso, de haberse demostrado la existencia de “desperdicios de agua o conexiones ilegales”, lo procedente era realizar la facturación conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 146 de la Ley 142 de 1994⁷, previo el procedimiento establecido para ello y no la de facturar los consumos del medidor de control o totalizador o la suspensión del servicio en caso de conexiones fraudulentas, conforme lo dispone el artículo 140 de la misma codificación.

7 “Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.”

Así las cosas, la demandante no logró demostrar ni en sede administrativa, ni el presente proceso que los valores relacionados en la factura como consumo de acueducto en zonas comunes, realmente correspondiera a ello debido a falta de la medición de otras acometidas internas o por fugas o conexiones ilegales, por lo cual no existe duda que la empresa EMSERCHIA E.S.P. facturó indebidamente el consumo de acueducto con base en las lecturas de un medidor general que sólo puede ser utilizado como mecanismo de control, pese a que existía un medidor individual en áreas comunes y en cada unidad habitacional.

En atención a los argumentos esgrimidos, el cargo planteado por la demandante no prospera y el Despacho negará las pretensiones de la demanda, así como declarará probada la excepción denominada legalidad del acto administrativo demandado, toda vez que no se configura ninguna de las causales de nulidad en que considera incurrió la Resolución SSPD-20178140140125 del 11 de septiembre de 2017.

Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

Otro asunto

Observa el Despacho que el apoderado de la entidad demandada, mediante memorial radicado el 17 de enero de 2020, presentó renuncia al mandato (fl.477), a la cual acompañó la constancia de comunicación al poderdante como lo exige el artículo 75 del CGP; razón por la cual, se aceptará la mencionada renuncia.

Así mismo, a folio 481 obra poder sin anexos, conferido por quien dice ser gerente y representante legal de la empresa EMSERCHIA E.S.P. al abogado Juan Manuel Nieves Romero, es decir que, el mandato no cumple con las exigencias del artículo 74 del CGP, en tanto no se encuentra acreditada la calidad de quien lo confiere; razón por la cual el Juzgado se abstendrá de reconocer al mencionado profesional del derecho personería para actuar en el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá,**

Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Declarar probada la excepción denominada legalidad de los actos administrativos demandados, propuesta por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

TERCERO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso.

CUARTO. Aceptar la renuncia al poder presentada por el apoderado de la entidad demandante, abogado Fracisco Javier Camacho Hernandez, por las razones expuestas.

QUINTO. No reconocer al abogado Juan Manuel Nieves Romero, como apoderado de la empresa EMSERCHÍA E.S.P., por las razones expuestas.

SEXTO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

SÉPTIMO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN
Juez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2018-00218-00
DEMANDANTE: TRANEXCO S.A.
DEMANDADOS: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
- DIAN
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad TRANEXCO S.A. presentó demanda contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Se declare la nulidad de las Resoluciones 1887 del 18 de octubre de 2017 y 000936 del 06 de febrero de 2018, a través de las cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la sancionó con multa por valor de \$72.167.200, por la comisión de infracción aduanera contenida en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 4986 del Decreto 2685 de 1999, y resolvió adversamente el recurso de reconsideración.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la sociedad TRANEXCO S.A., sea exonerada de pagar la multa impuesta en los mencionados actos administrativos.
3. Que se condene a la demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, se resumen de la siguiente manera:

Mediante oficio 103245455-533 del 09 de junio de 2016, el Jefe del Grupo Interno de trabajo de Registro y Control de Usuarios Aduaneros, de la División de Gestión de la Operación – Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, remitió inconsistencias relacionadas con el incumplimiento de la obligación establecida en el literal d) del artículo 203 del Decreto 2685 de 1999, por o haber declarado la totalidad de los tributos correspondiente a 25 guías.

Por medio de la Resolución 3448 del 21 de julio de 2017, la entidad demandada profirió requerimiento especial aduanero.

Con escrito radicado 003E2017033770 del 16 de agosto de 2017, se presentó la respectiva respuesta al requerimiento.

La División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, profirió la Resolución 1887 del 18 de octubre de 2017, imponiendo sanción de multa por la suma de \$72.167.200, a TRANEXCO S.A.

Contra la resolución que impuso sanción, se interpuso recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante acto administrativo 000936 del 06 de febrero de 2018, confirmando la decisión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como fundamento de la demanda propuso los siguientes cargos: i) Violación de los principios de legalidad, debido proceso, tipicidad, buena fe, eficacia, imparcialidad, eficiencia; ii) Gradualidad de las sanciones y iii) Violación al principio de tipicidad., cuyo concepto de violación se resume en lo siguiente:

- **Violación de los principios de legalidad, debido proceso, tipicidad, buena fe, eficacia, imparcialidad, eficiencia.**

Señala la demandante que existe falsa motivación de los actos acusado, pues por un mismo hecho se proponen sanciones contenidas en dos numerales distintos (3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999), los cuales nada tienen que ver con los hechos investigados pues la tipificación del hecho de no haber cancelado un valor propuesto en la modalidad de trafico postal y envíos urgentes, corresponde en realidad al presupuesto del numeral 3 del artículo 499 de la misma codificación.

Indica que ni el numeral 3.1 ni el numeral 3.2 antes citado, establece como sancionable el hecho de declarar una base gravable inferior al valor en aduana que correspondía, sino que estos se refieren a la oportunidad y forma en que debe presentarse la declaración, es decir, a situaciones simplemente formales que no se demuestran en el presente caso.

- **Gradualidad de las sanciones. Sostiene la parte actora que al imponerse dos sanciones por un mismo hecho.**

Afirma la parte actora que con los actos acusados, se vulnero lo dispuesto en el artículo 481 del Estatuto Aduanero, así como el concepto número 4 del 11 de abril de 2005 proferido por la Oficina Asesora Jurídica de la DIAN, y el principio *nom bis ídem*, por cuanto si por un mismo hecho se incurre en más de una infracción, lo precedente sería aplicar la sanción más grave.

- **Violación al principio de tipicidad.**

Insiste la sociedad demandante en que la sanción a aplicar no es la contemplada en los numerales 3.1 y 3.2, sino la tipificada en el numeral 3 del artículo 499 del Decreto 2685 de 1999, y para ello trae a colación conceptos 61203 del 26 de septiembre de 2013 y concepto 522 de 2014 proferidos por la misma autoridad aduanera, así como sentencia proferidas por el Juzgado 40 Administrativo de Bogotá Radicado 2016-00110.

3. Contestación de la demanda

La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**, a través de su apoderado judicial manifestó que, los actos administrativos demandados correspondieron al resultado del filtro y depuración de la información de las guías de mensajería especializada en relación con las cuales, la sociedad TRANEXCO S.A. desplegó su actividad y facultades asignadas como intermediario de la modalidad de importación tráfico postal y envíos urgentes, y que estuvo sustentada en las siguientes situaciones fácticas: i) la sociedad investigada ingreso mercancía al país al amparo de 25 guías de mensajería especializada, ii) sobre esas guías de mensajería se efectuó propuesta de valor iii) estas fueron declaradas a través de los servicios informáticos aduaneros; liquidado y pagado el valor de los tributos aduaneros sobre una base del valor inferior al propuesto por la autoridad aduanera, y iv)

la declaración consolidada de pagos formato 540 se hizo por fuera las fechas correspondientes a cada una de las quincenas investigadas.

Indicó entonces que la sanción se aplicó por cuanto se encontró demostrado el incumplimiento a las obligaciones aduaneras contenidas en los artículos 201, 202, 203 literales c) y d) del Decreto 2685 de 1999, en concordancia con los artículos 123 y 124 de la Resolución 4240 de 2000, por incurrir en la infracción descrita en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del mismo Decreto.

Sostuvo que, en la actuación administrativa se sancionó a la hoy demandante por dos conductas diferentes, en distintos periodos de tiempo, una relacionada con la presentación de la declaración consolidada de pagos y otra con la cancelación de los tributos aduaneros y el valor de rescate, cada una de ellas contempladas de manera separada en el Estatuto Aduanero, esto es, los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999, por lo que no es cierto que se haya sancionado dos veces por un mismo hecho.

Señaló además que, en el presente caso y contrario a lo que afirma la parte actora, no es aplicable lo establecido en el numeral 3 del artículo 499 de la norma ya indicada, por cuanto el mismo se encuentra establecido para infracciones aduaneras en materia de valoración de mercancías, situación distinta a la que en su momento investigó y por la cual sancionó a la sociedad demandante, relativa a la importación y obligaciones de los intermediarios de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes.

4. Actuación procesal

Por reparto del 22 de junio de 2018, le correspondió a éste Despacho el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fl.73-74) y por auto del 12 de octubre del mismo año, se admitió (fl.75), providencia que fue notificada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, al Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, por correo electrónico el día 14 de diciembre de 2018 (fls.79 a 88).

Mediante providencia del 26 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la DIAN, y se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (Fl.121).

La referida audiencia se llevó a cabo el 14 de junio de 2019, y en ella se fijó el litigio, se dictó auto de pruebas incorporando la documental allegada por las partes, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para presentar alegatos por escrito (Fls.315 a 319).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente las partes presentaron alegatos de conclusión (Fls.339 a 344 y 345 a 350). El Ministerio Público no efectuó pronunciamiento.

6. Alegatos de conclusión

Parte demandante

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuesto en la demanda que sustentan cada uno de los cargos propuestos (fls.339 a 344).

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Reiteró en su totalidad los argumentos expuesto en la contestación de la demanda.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 140 y numeral 6 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Fijación del litigio.

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda, es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones 1887 del 28 de octubre de 2017 y 936 del 06 de febrero de 2018, o si por el contrario las mismas se encuentran ajustadas a derecho como lo sostiene la entidad demandada.

3. Problema jurídico

Conforme a la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, se debe establecer en el presente asunto si ¿Fueron proferidos los actos acusados con falsa motivación por violación al principio de tipicidad, legalidad y *nom bis ídem*?

En primer lugar, el Juzgado advierte relevante, analizar las pruebas aportadas al proceso, con el objeto de establecer si se presentan los cargos de nulidad invocados. Al respecto se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- El Grupo interno de Trabajo Registro y Control de Usuarios Aduaneros – Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, mediante memorial 1-03-245-455-533 del 09 de junio de 2016, remitió a la División de Gestión de Fiscalización, los hallazgos sobre el presunto incumplimiento de obligaciones de intermediario de tráfico postal y envíos urgenetes por parte de la sociedad TRANEXCO S.A., concretamente las contempladas en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999; para lo cual allegó los documentos soporte, entre ellos:

Oficios sobre solicitud de información a la referida sociedad, sobre los números y fechas de los formularios que acreditaran el correspondiente pago y la inclusión en el sistema informático de la DIAN, respecto a los tributos aduaneros de 55 guías aéreas que ingresaron bajo la modalidad de trafico postal y envíos urgentes.

Respuesta dada por TRANEXCO S.A. mediante oficio radicado 82997 del 07 de mayo de 2016, donde informó que por error involuntario no había reportado el valor propuesto por la DIAN respecto de las siguientes guías hija: 1. 1493057, 2. 1511280, 3. 1512196, 4. 1516440, 5. 1525366, 6. 1526734, 7. 1560366, 8. 37412960, 9. BOG001220826, 10. BOG0001220827, 11. BOG0001220837, 12. BOG0001220860, 13. BOG0001220896, 14. MIA000012003951, 15. MIA000012013268, 16. MIA000012136720, 17. MIA000012210551, 18. MIA000012238511, 19. MIA000012254544, 20. MIA000012278366, 21. MIA000012292299, 22. MIA000012450248, 23. MIA000012544483, 24. MIA000012682165 y 25. MIA000012992977; por lo que había procedido a liquidar el impuesto a cargo respectivo, junto con los intereses moratorios

Oficios remitidos a la sociedad hoy demandante de fecha mayo de 2015, a través de los cuales la DIAN informa el valor real sobre el cual deberá realizarse la declaración y pago de los tributos aduaneros respecto de cada una de la mercancía relacionada en las 55 guías de tráfico postal y envíos urgentes (fls.1 a 41 Cuaderno 1 Antecedentes administrativos).

- La DIAN en informe de acción de fiscalización del 21 de julio de 2017, en el cual se relaciona, entre otros, las 25 guías respecto de las cuales la sociedad TRANEXCO S.A. admitió haber pagado el tributo aduanero sin el ajuste del valor propuesto por la autoridad aduanera, respecto de las que procedió a realizar la comparación y el valor declarado y valor correcto propuesto por la DIAN, encontrando configuración de infracciones del intermediario de modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, indicando además que el pago se había realizado de manera extemporánea (fls.144 a 147 cuaderno 1 Antecedentes Administrativos).
- El 21 de julio de 2017, la DIAN realiza requerimiento especial aduanero número 0003448, a la sociedad TRANEXCO S.A., por la comisión de las infracciones contempladas en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999.

En el requerimiento se hizo la relación de las 25 guías de mensajería especializada, sobre las cuales se presentó declaración consolidada de pagos de manera extemporánea y otras además con propuesta de valor FOB (USD) en la base gravable inferior al propuesto, por lo que señaló la DIAN se presentó incumplimiento en las obligaciones de liquidación, recaudación, información y pago de tributos aduaneros y propuso sancionar a la sociedad con multa por valor de \$72.167.200 (Fls.148 a 154 cuaderno 2 Antecedentes Administrativos).

- El Representante Legal de la sociedad TRANEXCO S.A., con oficio del 16 de agosto de 2017, dio respuesta al requerimiento indicando en síntesis los mismos argumentos de la demanda, solicita se archive el expediente y aporta como prueba copia los formularios 690 (recibo oficial de pago de tributos), formularios 540 (declaración consolidada de pagos) y formularios 10006 (presentación de información por envío de archivos); todos ellos de fechas 16 de agosto de 2017, 16 de enero de 2015, 02 de

febrero de 2015, 17 de febrero de 2015, 02 de marzo de 2015, 17 de marzo de 2015, 01 de abril de 2015, 16 de abril de 2015, 04 de mayo de 2015, 19 de mayo de 2015 y 16 de junio de 2015 (Fls.162 a 209 cuaderno 2 Antecedentes Administrativos).

- Mediante Resolución 1-03-241-201-673-01887 del 18 de octubre de 2017, proferida por el Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección de Aduanas de Bogotá, se impuso sanción a la sociedad TRANEXCO S.A. consistente en multa por la suma de \$72.167.200 por la comisión de las infracciones aduaneras contempladas en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 43 del Decreto 1232 de 2001.

En dicho acto administrativo la DIAN relata los hechos, hace referencia a las razones de defensa alegados por la sociedad hoy demandante, a las pruebas allegadas y señala claramente los fundamentos de derecho de su decisión.

Advirtió el Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección de Aduanas de Bogotá, que la investigación se adelantó por remisión de información del Grupo Interno de Trabajo Registro y Control de Usuarios Aduaneros, según la cual se habían encontrado 55 guías de mensajería especializada consignadas al intermediario de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes TRANEXCO S.A., sobre las cuales, cuatro estaban duplicas y por lo tanto fueron excluidas, 23 sobre las que se cumplía con la declaración y pago de tributos aduaneros en la forma y oportunidad establecida para ello, y 25 (1493057, 0001511280, 0001512196, 0001516440, 0001525366, 0001526734, 0009321560366, 37412960, BOG001220826, BOG0001220827, BOG0001220837, BOG0001220860, BOG0001222096, MIA000012003951, MIA000012013268, MIA000012136720, MIA000012210551, MIA000012238511, MIA000012254544, MIA000012278366, MIA000012292299, MIA000012450248, MIA000012544483, MIA000012682165 y MIA000012992977), sobre las cuales se constató una declaración por debajo del valor base FOB propuesto por la DIAN, situación que la propia investigada reconoció.

Resaltó además, que respecto a esas 25 guías, la liquidación y pago de los tributos, no se había hecho en la forma establecida para ello, esto es, al momento de entregar el envío o paquete

postal al destinatario y en el documentos de transporte (declaración simplificada de importación), sobre la base gravable, dentro del que se encuentra el valor FOB, y por otro, en la presentación consolidada de pagos a la autoridad aduanera a través de los servicios informáticos destinados para ello (MUISCA) las cuales se deben hacer al vencimiento de cada quincena, estos es, que el pago se hizo de manera extemporánea (Fls.222 a 239 cuaderno 2 Antecedentes Administrativos).

- El apoderado de la sociedad sancionada, presentó recurso de reconsideración en contra de la Resolución anterior, insistiendo en los argumentos de los descargos y en especial en la supuesta atipicidad de la conducta (Fls.254 a 272 cuaderno 2 Antecedentes Administrativos).
- La Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la División de Gestión Jurídica de la Dirección de Aduanas de la DIAN, mediante la Resolución 000936 del 06 de febrero de 2018, confirmó la sanción impuesta a la sociedad TRANEXCO SA. La mencionada funcionaria realizó el estudio de la inconformidad planteada en la reconsideración, precisando que se trató de dos infracciones distintas en cuanto a los requisitos que exige la norma respecto a la declaración, liquidación y pago de tributos (forma y oportunidad) y los pagos correctos de éstos respecto de las mencionadas 25 guías, se realizó por fuera de la oportunidad establecida (el 1 y 16 día de cada mes respecto de aquellas entregadas durante la respectiva quincena) y no se presentó la declaración de importación en la forma debida (fls.284 a 301 cuaderno 2 antecedentes administrativos).

Para abordar el estudio de los cargos se estudiarán los siguientes conceptos:

- **Tráfico Postal y Envíos Urgentes**

El artículo 4 del Decreto 1470 de 2008, establece el Tráfico Postal y Envíos Urgentes, autorizando la importación de envíos a través de correspondencia, siempre que su valor no exceda de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$2.000) y requieran ágil entrega a su destinatario. De manera adicional al valor referido, los paquetes postales y los envíos urgentes no deben exceder 50

kilogramos, los que están restringidos legal y administrativamente, no pueden superar 6 unidades de la misma clase y deberán atender las demás exigencias establecidas en el artículo 18 del Decreto 1232 de 2001. Quien pretenda fungir como intermediario en la importación bajo esta modalidad deberá inscribirse y estar habilitado para tal fin por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El artículo 19 del Decreto 1232 de 2001, establece que dentro de las 12 horas siguientes a la entrega del Manifiesto de Carga por parte del transportador, el intermediario de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes entregará a la autoridad aduanera el Manifiesto Expreso que comprende la relación total de los paquetes o envíos urgentes y los correspondientes documentos de transporte, que deben acompañar cada paquete; efectuado lo anterior, las mercancías serán recibidas en la Zona Primaria Aduanera por la Administración Postal Nacional o por las Empresas de Mensajería Especializada a las que vengán consignadas, los que podrán verificar el cumplimiento de los requisitos.

Indica el artículo en cita, que todos los paquetes postales y envíos urgentes, *“deberán estar rotulados con la indicación del nombre y dirección del remitente, nombre y dirección del consignatario, de inscripción genérica de las mercancías, valor y peso bruto del envío”*.

De tal manera que el intermediario deberá atender las anteriores exigencias siempre que pretenda realizar la importación bajo la presente modalidad, estando facultada la DIAN para realizar la respectiva revisión del cumplimiento de las exigencias establecidas.

- **Oportunidad para cancelar los tributos aduaneros, obligaciones e infracciones de los intermediarios de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes**

El artículo 201 del Decreto 2685 de 1999, norma vigente para la época, indica:

*“El intermediario de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes deberá **liquidar en el mismo documento de transporte el valor de los tributos aduaneros correspondientes a las mercancías que entregue a cada destinatario**, indicando la subpartida arancelaria y la tasa de cambio aplicadas. En caso de legalización en este mismo documento deberá liquidarse además el valor del rescate. **El documento de transporte firmado***

por el destinatario será considerado declaración de importación simplificada. A partir de este momento se entenderá que la mercancía ha sido sometida a la modalidad de importación" (Se resalta).

Por su parte, el artículo 202 del mismo Estatuto Aduanero, establece que la obligación de los intermediarios de la modalidad de importación de tráfico postal y envíos urgentes, de presentar declaración consolidada de pagos en la oportunidad establecida por la DIAN, así:

"Artículo 202. Declaración consolidada de pagos. <Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto 1470 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Los intermediarios mencionados en el artículo 194 de este decreto, serán responsables ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el pago de los tributos aduaneros, así como los valores por concepto de rescate por abandono, que se recauden de conformidad con el artículo anterior.

Para el efecto, con la periodicidad que determine la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los intermediarios deberán presentar a través de los servicios informáticos electrónicos, la declaración consolidada de pagos correspondiente a los envíos que lleguen al territorio nacional por la red oficial de correos o envíos urgentes entregados a sus destinatarios durante el período señalado.

Una vez presentada y aceptada la declaración de que trata el inciso anterior, el intermediario efectuará el pago a través de los bancos o entidades financieras autorizadas para recaudar por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."

Al efecto, el artículo 124 de la Resolución 4220 de 2000 (modificado por el artículo 10 de la Resolución 9990 de 2008) regula la declaración consolidada de pagos y precisa que los intermediarios de la importación bajo esta modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, serán responsables ante la DIAN por los tributos aduaneros que se causen por la importación de mercancías. Para tal efecto, señala la norma, se deberá presentar la declaración consolidada de pagos, a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de las mercancías entregadas durante los 15 días anteriores y cancelar los tributos aduaneros recaudados en las entidades financieras autorizadas, el 1 y el 16 de cada mes.

Acorde con lo anterior, resultan claros los dos momentos que en el

mes se tienen para realizar, por un lado, la declaración de consolidada de pagos, y por otra, el pago de los tributos, para lo cual cobra especial relevancia determinar el momento de la importación. Así, de la revisión de las normas citadas, la liquidación de los tributos aduaneros deberá realizarse en la declaración simplificada de pagos (guía de mensajería especializada) en el momento de entrega al destinatario, y la contabilización de los 15 días para la presentación de la declaración consolidada de pagos, inicia desde que se configura la declaración de importación, esto es la suscripción del destinatario del documento de transporte firmado por éste último.

Ahora bien, en concordancia con lo anterior, el artículo 496 ídem, vigente para la época, establece como infracciones aduaneras de los intermediarios de tráfico postal y envíos urgentes, entre otras, las siguientes:

“Artículo 496. Infracciones aduaneras de los intermediarios de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes y sanciones aplicables. <Artículo modificado por el artículo 43 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los intermediarios de la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

(...)

3. Leves:

*3.1 <Numeral modificado por el artículo 12 del Decreto 1470 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> **No cancelar en la forma y oportunidad prevista en las normas aduaneras, a través de los bancos o entidades financieras autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los tributos aduaneros, sanciones y valores por concepto de rescate, correspondientes a los envíos de bienes que lleguen al territorio nacional a través de la red oficial de correos y envíos urgentes entregados a los destinatarios.***

*3.2 **No presentar en la oportunidad y forma previstas en las normas aduaneras la Declaración Consolidada de Pagos.***

(...)

La sanción aplicable será de multa equivalente a siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada infracción.” (Se resalta).

- **Falsa Motivación del Acto Administrativo**

La motivación del acto comprende los elementos fácticos y los argumentos jurídicos, que tuvo en cuenta la entidad para adoptar la decisión administrativa, estos deben corresponder a la realidad, en

tanto que si se evidencia lo contrario, tal discrepancia configura el vicio de falsa motivación.

En cuanto al alcance la falsa motivación de los actos administrativos, conviene traer a colación, lo expuesto por la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 14 de julio de 2017¹, en la que indica que se presenta falsa motivación cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado: “[I]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”.

De tal modo que al Juez la asiste el deber de realizar la revisión integral conforme a lo preceptuado por el Alto Tribunal, para develar si en efecto cuando se alude la falsa motivación, se presentan los eventos referidos, que conlleven a la prosperidad de las pretensiones.

- **Principio de legalidad de las faltas y sanciones en materia administrativa**

En resumen, el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones, alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas; el cual se desarrolla en una doble dimensión: i) reserva de ley, y ii) tipicidad.

El principio de reserva de ley se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma. Mientras que la tipificación

¹ Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00090-01 (ACUMULADO 11001-03-24-000-2002-00122-01). Actor: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Y OTROS. Demandado: COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS. Ref. Acción de Nulidad C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

se expresa en describir los elementos básicos de la conducta que será sancionada, así como determinación de tipo y cuantía de las sanciones que serán impuestas.

De igual manera, la ley debe señalar el procedimiento a seguir para la imposición de la sanción (reserva de ley en materia de procedimiento) y la autoridad competente para adelantarla e imponer finalmente la sanción administrativa.

Caso en concreto

Establecido lo probado en el proceso y el marco conceptual y jurídico aplicable al sub iudice, le corresponde al Juzgado proceder a estudiar el cargo formulado por la demandante, esto es, falsa motivación por violación al principio de tipicidad, legalidad y *nom bis ídem*.

Sustenta la parte actora que: i) por un mismo hecho se proponen sanciones contenidas en dos numerales distintos (3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999), los cuales nada tienen que ver con los hechos investigados pues la tipificación del hecho de no haber cancelado un valor propuesto en la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, corresponde en realidad al presupuesto tipificado en numeral 3 del artículo 499 de la misma codificación; y ii) que por un mismo hecho se está sancionando dos veces, cuando lo precedente sería aplicar la sanción más grave.

Análisis del Juzgado

Conforme a lo expuesto y a lo establecido en las premisas fácticas, para el Despacho es claro que en el presente asunto no se presenta falsa motivación ni violación al principio de legalidad y tipicidad, pues tanto en Resolución 1-03-241-201-673-01887 del 18 de octubre de 2017, proferida por el Jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección de Aduanas de Bogotá, como en la Resolución 000936 del 06 de febrero de 2018, emanada de la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la División de Gestión Jurídica de la Dirección de Aduanas de la DIAN, la entidad demandada procedió a determinar de manera clara las razones por las cuales se presentó el incumplimiento de lo previsto en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 496 del Decreto 2685 de 1999.

Advierte el Despacho que en efecto, respecto de las guías de importación 1493057, 0001511280, 0001512196, 0001516440, 0001525366, 0001526734, 0009321560366, 37412960, BOG001220826, BOG0001220827, BOG0001220837, BOG0001222096, BOG0001220896, MIA000012003951, MIA000012013268, MIA000012136720, MIA000012210551, MIA00001228511, MIA000012254544, MIA000012278366, MIA000012292299, MIA000012450248, MIA000012544483, MIA000012682165 y MIA000012992977, se presentó un incumplimiento a las obligaciones aduaneras por parte de intermediario de tráfico postal y envíos urgentes, en cuanto a la forma y oportunidad de presentar la declaración consolidada de pagos, así como a la forma y oportunidad de cancelar los tributos aduaneros ingresados al país a través de dicho servicio de mensajería, conforme se expone a continuación:

En la actuación administrativa se estableció que las declaraciones simplificadas de pago previamente identificadas (guías de mensajería especializada), fueron presentadas por un valor base FOB (free on board) inferior al propuesto por la autoridad aduanera, situación que la parte actora reconoció, respecto de las 25 guías relacionadas, razón por la cual no se habían pagado los tributos aduaneros correctamente.

Así mismo, respecto de las guías i) BOG001220826 y BOG0001220827, correspondientes a la primera quincena de enero de 2015; ii) 0001525366, 0001526734, correspondientes a la primera quincena de febrero de 2015; iii) MIA00001228511, MIA000012254544, MIA000012278366, MIA000012292299 y MIA000012450248, correspondientes a la primera quincena de marzo de 2015; iv) BOG0001222096, correspondiente a la primera quincena de abril; y v) 0001525366, correspondiente a la primera quincena de mayo; la liquidación y pago de los tributos aduaneros se realizó i) **02 de febrero de 2015**; ii) **02 de marzo de 2015**; iii) **17 de marzo de 2015**; iv) **04 de mayo de 2015**; y v) **19 de mayo de 2015**, respectivamente (fls.162 a 209, 157, 158 y 232 cuaderno 2 Antecedentes Administrativos), es decir, por fuera del término establecido en el artículo 124 de la Resolución 4220 de 2000, en concordancia con el artículo 202 del Decreto 2685 de 1999, puesto que estos debieron pagarse el i) **16 de enero**, ii) **16 de febrero**, iii) **16 de marzo**, iv) **16 de abril** y v) **16 de mayo**, respectivamente.

El cargo formulado por la demandante comprende que la DIAN sancionó dos veces por un mismo hecho y que en todo caso, no tienen nada que ver con la conducta descrita en los numerales 3.1 y 3.2 del

artículo 496 del Decreto 2685 de 1999, pues el no haber cancelado un valor propuesto en la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, corresponde en realidad al presupuesto tipificado en numeral 3 del artículo 499 de la misma codificación

Pues bien, para esta primera instancia resulta claro que el cargo de la demanda no está llamado a prosperar por cuanto, por un lado; como se explicó en el acapite de premisas jurídicas; los referidos numerales 3.1 y 3.2 claramente establece que, constituye infracción aduanera, tanto cancelar los tributos aduaneros de manera extemporánea, como en una suma incorrecta que no se adecuó al valor de venta de las mercancías importadas y demás costos inherentes a su transporte para llegada al país; así como presentar de manera extemporánea y por fuera de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la declaración consolidada de pagos. Lo anterior en concordancia con los artículos 201 y 202 del Decreto 2685 de 1999 y el artículo 124 de la Resolución 4220 de 2000 (modificado por el artículo 10 de la Resolución 9990 de 2008).

En ese sentido, cada uno de los citados numerales tipifica dos conductas diferentes, que si bien se pueden presentar en una misma operación de importación en la modalidad de tráfico postal y envíos urgentes, se dan en momento distintos y por hechos igualmente disimiles, el primero (3.1) relacionado con la liquidación y pago de los tributos aduaneros, y el segundo (3.2) relativo a la presentación de la declaración consolidada de pagos; infracciones independientes y respecto de las cuales la sociedad hoy demandante en efecto incurrió respecto de las guías investigadas, como se expuso en precedencia, ya que respecto de todas ellas presentó las declaraciones simplificadas de pago (guías de mensajería especializada), por un valor base FOB (free on board) inferior al propuesto por la autoridad aduanera y por tanto los tributos no fueron pagados en la forma establecida en la Ley, así como, la declaración consolidada de pago respecto de las 10 guías reseñadas en párrafos anteriores, se presentó de manera extemporánea.

En otras palabras, los tributos aduaneros correspondientes a los envíos de bienes que ingresaron al territorio nacional a través de la red oficial de correos y envíos urgentes entregados a los destinatarios, no fueron cancelados en la forma y oportunidad prevista en las normas aduaneras, pues conforme a las normas antes transcritas y lo manifestado por la propia parte actora, por un lado los tributos fueron

liquidados de manera equivocada, es decir, en la forma no prevista en las normas aduaneras, puesto que se verificó que el valor consignado en el documento de transporte no correspondía con los precios de referencia o valor FOB propuesto por la DIAN, y por tanto, no se pagó en debida forma el gravamen aduanero, liquidándose un valor inferior. Y por otro, la declaración consolidada de pagos, se presentó por fuera de los términos establecidos en cada una de las quincenas.

De esta manera, no comparte el Despacho la afirmación de la sociedad demandante respecto a la supuesta violación al principio *non bis ídem*, dado que, como se explicó la norma tipifica dos conductas diferentes por hechos también distintos. Por tanto, tampoco se trasgrede el artículo 481 del Estatuto Aduanero², que establece la gradualidad de las sanciones cuando por un mismo hecho u omisión se incurra en más de una infracción, dado que no resulta aplicable al presente caso, donde claramente se incurrió en dos infracciones, pero por hechos distintos.

Tampoco se advierte violación al principio de legalidad y tipicidad, en la forma planteada por la accionante, dado que como lo expuso la autoridad administrativa en los actos acusados, el artículo 499 del Decreto 2685 de 1999³ se refiere a las infracciones aduaneras en materia de valoración de mercancías y no de tráfico postal y envíos urgentes, calidad esta última que ostenta la sociedad TRANEXCO S.A. en el presente asunto, sin que la sanción cuestionada haya recaído sobre una declaración de mercancías que hubiera sido suscrita por la parte actora.

²“ARTÍCULO 481. GRADUALIDAD DE LAS SANCIONES. <Artículo derogado por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, una vez cumplido lo dispuesto por los artículos 674 y 675>

<Artículo modificado por el artículo 37 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando con un mismo hecho u omisión se incurra en más de una infracción, se aplicará la sanción más grave, prevaleciendo en su orden, la de cancelación o suspensión a la de multa, según corresponda.”

³“ARTÍCULO 499. INFRACCIONES ADUANERAS EN MATERIA DE VALORACIÓN DE MERCANCÍAS Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo derogado por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, una vez cumplido lo dispuesto por los artículos 674 y 675>

Notas del Editor

<Artículo modificado por el artículo 46 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en materia de valoración aduanera y las sanciones aplicables por su comisión son las siguientes:

(...)

3. <Numeral modificado por el artículo 8 del Decreto 4431 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Declarar una base gravable inferior al valor en aduana que corresponda, de conformidad con las normas aplicables.

La sanción aplicable será del cincuenta por ciento (50%) de la diferencia que resulte entre el valor declarado como base gravable para las mercancías importadas y el valor en aduana que corresponda de conformidad con las normas aplicables. La sanción prevista en este inciso solo se aplicará cuando se genere un menor pago de tributos.”

Así las cosas, no se encuentra acreditado el cargo de la demanda pues se verificó que lo expresado por la DIAN para proferir la sanción en contra de la hoy demandante, como al resolver la reconsideración, se ajustó tanto fáctica como jurídicamente a la realidad del caso investigado, y por tanto el mismo no prospera, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: **Negar** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFICASE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN
Juez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001 – 3334 - 003-2018-00112- 00
DEMANDANTE: MYRIAM AMAYA Y OTROS
DEMANDADA: BOGOTÁ D.C
ASUNTO: acción popular

ACCION CONSTITUCIONAL

En ejercicio de la acción prevista en el artículo 88 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 472 de 1998, la señora Miryam Amaya y demás habitantes de la Localidad 16 de Puente Aranda, formulan acción popular contra Bogotá D.C- Secretaría Distrital de Integración Social, Secretaría Distrital de Seguridad, Alcaldía Local de Puente Aranda y Policía Metropolitana de Bogotá, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que el Alcalde Mayor de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1641 de 2013, de manera articulada con las Secretaría Distrital de Integración Social, la Policía y el Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud, establezca metas y un cronograma de atención integral de los habitantes de la calle como de los llamados “cambuches” ubicados en diferentes zonas de la Localidad de Puente Aranda.
2. Brindar garantías para que no presenten aglomeraciones de habitantes de la calle, que atenten contra la comunidad de la Localidad de Puente Aranda.
3. Que la administración Distrital dé a conocer de manera clara y eficiente la política pública que se aplicará para la solución de la problemática y que la atención de los habitantes de la calle se realice directamente en sus territorios, sin necesidad de trasladarlos a la Localidad de Puente Aranda.

HECHOS

Los hechos descritos por los accionantes se resumen de la siguiente manera:

En desarrollo del proceso de intervención y desalojo de la zona conocida como el “Bronx”, realizado el 22 de mayo de 2016, surge una gran problemática originada en la reubicación improvisada de los habitantes de la calle, quienes se tomaron en masa diferentes sectores de la Localidad 16 de Puente Aranda.

Para el mes de septiembre de 2016, más de 50 habitantes de la calle se movilizaron por el sector de Veraguas, en Puente Aranda, por la calle 3ª entre Carreras 36 y 56, donde se protagonizaron disturbios, se lanzaron piedras contra vivienda, establecimientos de comercio y vehículos que se encontraban a su paso.

Consideran que la proliferación y la concentración de habitantes de la calle en la localidad, aumentó de manera discriminada las cifras de inseguridad en distintas zonas a la vez que se convirtió en un centro de expendio y consumo de sustancias alucinógenas.

El canal “comuneros” ubicado en la Calle 6ª fue tomado por los habitantes de la calle, para convertirlo en el lugar de permanencia, razón por la que se incrementaron los atracos a peatones, hurtos a carros, intimidación a la comunidad y la contaminación por basuras y desechos en las calles de la Localidad.

Indican que los habitantes de la calle se encuentran en estado de pleno abandono, por parte de las autoridades que no se han hecho responsables del acompañamiento y la oferta de servicios de reintegración y rehabilitación que eran indispensables con posterioridad a los operativos de desalojo de la calle del “Bronx”.

Considera que el Alcalde Mayor no ha tomado las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia T- 043 de 2015 respecto de los habitantes de la calle y dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 1641 de 2013.

Aluden la importancia de la reubicación de los hogares de paso que se encuentran en la Localidad de Puente Aranda, por cuanto consideran que los mismos deben estar ubicados en cada una de las localidades en las que se encuentran los habitantes de la calle, sin que sea necesario llevarlos a la Localidad de Puente Aranda.

Señalan la importancia de la presencia permanente de la Policía, mientras se toman las medidas necesarias para la seguridad y tranquilidad de los habitantes de la Localidad de Puente Aranda.

Refieren la importancia del cumplimiento de lo previsto en la Ley 1641 de 2013 y la definición de una política pública para disminuir la habitabilidad de la calle en esa localidad.

DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS

Indican como derechos vulnerados los siguientes:

- **Seguridad**

Consideran que es una responsabilidad indelegable del Estado, que se encuentra directamente relacionada con la protección de otros derechos de rango constitucional como la vida, la libertad, el patrimonio y la integridad, así mismo, el derecho al espacio público, establecido como un derecho de uso común y colectivo, pero también como un deber del Estado para velar por la protección de la integridad y destinación al uso común del mismo.

- **Salubridad Pública**

Indica que la salubridad pública está definida en la Constitución Política como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social y sobre la cual afirma la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 1994, que debe entenderse como fundamental para la supervivencia de la especie humana.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Bogotá D.C – Secretaría de Gobierno – Alcaldía Local de Puente Aranda

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de la salubridad, seguridad pública, y espacio público son abiertamente inconstitucionales, ilegales, discriminantes y atentan contra la dignidad humana y condición del grupo poblacional de los habitantes de la calle, reconocidos por la Corte Constitucional como un grupo con protección especial reforzada en virtud de su condición económica, física o mental por encontrarse en situación de debilidad manifiesta, por lo que acceder

a las pretensiones de la acción constitucional sería ir en contravía de la dignidad humana, la igualdad y la libre determinación de las personas.

Señala que no es posible tomar medidas coercitivas o represivas contra los habitantes de la calle, incluso si su modo de realización personal resulta reprochable para un conjunto de la sociedad, sin que sea posible sin su consentimiento o causa legal realizar tratamientos o conducciones por ir en contra de las normas internacionales de derechos humanos, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión a la libertad personal, por lo que indica que las pretensiones de los actores populares son contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, inclusive discriminantes y represivas.

Agrega que la Corte Constitucional en sentencia C-016 de 1997, explicó la teoría de la defensa social, frente a la represión de los habitantes de la calle, al considerarlos como peligrosos y sospechosos, para indicar que conforme a la Constitución cada persona es libre de desarrollar su personalidad y en consecuencia, al no ser la mendicidad un delito ni una contravención, no es posible imponer sanción conforme al artículo 29 superior, razón por la que el Distrito al ser respetuoso de la libertad individual ha obrado conforme a la Constitución y la ley a través de la intervención y la sensibilización de los habitantes de la calle.

Indica que mediante el Decreto Distrital 560 de 2015, se adoptó la Política Pública para el Fenómeno de Habitabilidad en Calle, orientada a la promoción, protección, restablecimiento, garantía y realización de los derechos de las Ciudadanas y los Ciudadanos Habitantes de Calle del Distrito Capital.

Frente a los hechos y las competencias de cada una de las entidades, precisó:

Secretaría de seguridad, convivencia y justicia

Adelantó de manera coordinada la operación "NÉMESIS" para el restablecimiento de derechos y neutralización de organizaciones criminales en el "BRONX", y a su vez, junto con la Secretaría Distrital de Gobierno, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa y la Policía Metropolitana de Bogotá, el protocolo de intervención a nivel operacional conforme a los informes de inteligencia.

Advierte que la intervención del BRONX tuvo 3 objetivos principales: i) Restablecer los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y los habitantes de la calle, procurando prevenir nuevas vulneraciones en esa

zona de la ciudad, ii) Desarticular las organizaciones criminales que operaban y controlaban esa zona de la ciudad y iii) Asegurar la atención de los habitantes de la calle.

Así, esa Secretaría adelantó el programa “Prevención y Atención Social Integral para la Atención del Fenómeno de la Habitabilidad en Calle”, instaló un mando unificado con la presencia de la Policía Metropolitana incluida la especialidad de infancia y adolescencia, Secretaría de Salud, Personería, Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y la Juventud, Secretaría de Integración Social y la Alcaldía Local para efectos de adecuaciones urbanísticas, se adelantó el acompañamiento a la entrada y salida de los colegios.

Explica que, durante el primer semestre de 2018, esa entidad y la Policía Metropolitana de Bogotá dispusieron de 6 uniformados de para el patrullaje y acciones de control sobre el canal haciendo énfasis en barrio Veraguas de la Localidad de Puente Aranda; además se cuenta con 10 unidades de Fuerza Disponible, para evitar que los habitantes de la calle habiten el cuerpo de agua.

Refiere que se adelantan operativos diarios para lo cual, describe las fechas y las horas de su realización y allega registro fotográfico (Fls. 117 y 118).

Secretaría Distrital de Integración Social

Explica que SDIS formuló el “*Proyecto Estratégico No. 1108 – Prevención y Atención Integral del Fenómeno de Habitabilidad en Calle*”, a través del cual se brinda atención social a los habitantes de la calle y a las personas de alto riesgo, resaltando que entre el 1 de noviembre de 2017 y el 15 de mayo de 2018, se realizaron acciones significativas en los barrios Veraguas y Veraguas Central de las Localidades de Puente Aranda y los Mártires debido a la cercanía con zonas que influyen en el tránsito y permanencia de la población habitantes de la calle, como son el Canal Comuneros y el corredor de las Avenidas NQS y la calle 13.

Precisa que se ha realizado 914 recorridos entre el 1 de noviembre de 2017 y el 15 de mayo de 2018 y han trasladado a 341 personas de los barrios Veraguas y Veraguas Central ubicados en la zona del canal los comuneros hacia diferentes hogares de paso.

Describe los centros de atención para la población de calle habilitados por esa Secretaría, precisando que los mismos se encuentran en las localidades y zonas que históricamente han tenido una mayor frecuencia

del fenómeno de habitabilidad en calle en la ciudad como son: Los Mártires, Santa Fe y Puente Aranda, con el fin de que puedan acceder a los servicios de una forma sencilla, sin largos traslados que podrían generar resistencia a su participación.

Informa que se han presentado un total de 3.404 sensibilizaciones comunitarias y 292 acciones pedagógicas, a la vez que refiere los operativos interinstitucionales y a la participación en espacios interlocución comunitaria y reporta registro fotográfico (Fls. 129 y 130).

Secretaría Distrital de Gobierno – Alcaldía Local de Puente Aranda

Señala que la Alcaldía Local de Puente Aranda no tuvo participación o injerencia en torno a la intervención realizada en la Localidad de los Mártires en el sector conocido como “El Bronx”.

Advierte que por la cercanía geográfica con el sector del “BRONX”, un grupo de personas se desplazó y ubicó en el área aledaña del canal comuneros a la altura de la glorieta vehicular sobre la Carrera 30, por lo que se requirió realizar todo un despliegue institucional para procurar contrarrestar dicha problemática, por lo que se coordinaron y adelantaron diferentes operativos de recuperación del espacio público en conjunto con la XVI Estación de Policía de Puente Aranda, SDIS, DIPRON, Personería Local de Puente Aranda, Agua de Bogotá S.A. EPS, Secretaría Distrital de Ambiente, Secretaría Distrital de Gobierno y Alcaldía Local de Puente Aranda, Aguas de Bogotá S.A ESP, Aseo Capital S.A., Limpieza Metropolitana S.A ESP, Secretaría Distrital de Gobierno y la Alcaldía Local de Puente Aranda, mediante intervenciones que han retirado las viviendas subnormales (Cambuches) con el objetivo de no permitir su permanencia.

Relaciona los operativos realizados durante 2017 y 2018 (Fls. 131 a 135) para concluir que no existe incumplimiento ni omisión que pueda pregonarse como causa de afectación o amenaza de los derechos colectivos referidos por los accionantes.

Adicionalmente, presenta las excepciones de: i) Inexistencia de la omisión ii) Ausencia de daño contingente y iii) Falta de nexo causal.

- **Policía Metropolitana de Bogotá**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto considera que esa entidad no vulnera por acción u omisión ninguno de los derechos fundamentales a la seguridad y salubridad pública, como quiera que,

debido a la intervención del Bronx, se previeron los daños y efectos colaterales que dicha intervención produciría, de tal manera que la Policía Metropolitana de Bogotá ha estado atenta a las preocupaciones y reclamos por parte de los residentes y comerciantes del sector de Puente Aranda de manera integral a través de las especialidades de: Inteligencia, Policía Judicial (SIPOL – SIJIN) Estación de Policía de Puente Aranda y Fuerza Disponible, mediante los siguientes planes de intervención: i) Refuerzos en materia de seguridad y ii) Plan social, plan requisita solicitud de identificación y consulta de antecedentes, presencia permanente con labores de inteligencia para identificar, individualizar y realizar capturas.

Advierte que han desarrollado acciones en el canal de la Calle 6, entre Carrera 30 y Carrera 36, en los barrios aledaños como lo son: Veraguas, Pensilvania, Tibana, Comuneros y Primavera Occidental, relativas a la implementación de planes estratégicos para contrarrestar el impacto que ha generado la presencia de los habitantes de y en calle, a través de 1 suboficial, 8 patrulleros y 19 auxiliares de policía.

Asimismo, allega copia del registro fotográfico del sector, para advertir: i) Que han realizado alrededor de 53 operativos de control, junto con la Alcaldía Local de Puente Aranda, Limpieza Metropolitana y la Secretaría de Integración Social, concernientes a la recolección de basura y ayuda social para los habitantes de y en calle, ii) Se han retirado habitantes de y en calle, por dispositivo instalado en el sector de la Calle 6, atendiendo de manera oportuna el llamado de la comunidad, iii) Presencia del personal de la fuerza pública disponible en el corredor vial de la ciclo ruta entre la Carrera 30 a la Carrera 47, iv) Patrulla en horas de la noche y actividades de control y disuasión, v) Control de habitantes de calle.

Advierte sobre el tratamiento al habitante de calle conforme al Estado Social de Derecho y a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencias T-043 de 2015, T-684 de 2002, T-1021 de 2003, T-1019 de 2006, T-560 A de 2007 y T-497 de 2012, para concluir que la Policía Metropolitana de Bogotá, está comprometida con la seguridad de todos los habitantes residentes en la ciudad y en especial de la Localidad de Puente Aranda conforme al respecto de los derechos humanos.

Formuló como excepciones la de improcedencia de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

ACTUACION PROCESAL: La demanda se radicó el 4 de abril de 2018 y le correspondió al Juzgado 3 Administrativo de Bogotá el conocimiento de la presente acción constitucional (Fl. 58).

Por auto de 5 de abril de 2018, se inadmitió la demanda (Fls. 60 a 62), subsanados los defectos, mediante providencia del 18 de abril de 2018, admitió y se dispuso la notificación a la demandada Bogotá D.C – *Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, Secretaría Distrital de Integración Social, Secretaría Distrital de Gobierno, Alcaldía Local de Puente Aranda* -, la Nación Ministerio de Defensa, Policía Nacional, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público, a la vez que se dispuso la comunicación a la comunidad en general (Fls. 86 a 91), decisión que se notificó por estado del 19 de abril de 2018 y mediante correos electrónicos de 23 de mayo de 2018 91 vuelto a 102).

La Secretaría corrió traslado de las excepciones propuestas por Bogotá D.C. y la Policía Nacional - Policía Metropolitana de Bogotá (Fl. 200).

Mediante providencia de 30 de noviembre de 2018, se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha para la audiencia inicial (Fl. 276 C1).

Por auto del 17 mayo de 2019, se ordenó la notificación en debida forma al defensor del pueblo (Fl. 202).

Mediante providencia del 2 de agosto de 2019, se citó a la audiencia de pacto de cumplimiento (Fl. 206).

La audiencia de pacto de cumplimiento se declaró fallida por auto del 8 de octubre de 2019. En la misma diligencia se decretaron e incorporaron pruebas, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (Fls. 215 a 218)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte accionante

El señor Roso Antonio Vásquez, indicó que la comunidad considera que los derechos fundamentales se siguen vulnerando por lo que a su juicio resulta procedente la protección solicitada.

Indica que el operativo adelantado por la Policía en la localidad de los Mártires (Calle 24 con Carrera 30) trajo como consecuencia el desplazamiento de personas habitantes de la calle, quienes se aglomeraron en el canal comuneros, en el sector de la Calle 6 con 39, ante lo cual la comunidad ha solicitado la intervención de las autoridades quienes se han escudado en lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia 043 de 2015, sin embargo, considera que dichas personas

han venido siendo instrumentalizadas para cometer delitos como microtráfico que afectan la zona, haciendo a su juicio imposible por parte de los niños disfrutar del espacio público de los parques de la localidad por cuanto en ellos se encuentran los jóvenes y adultos consumiendo drogas.

Indica que en la Localidad de Puente Aranda se ha concentrado toda la problemática por lo que solicita que la atención de los habitantes de calle sea descentralizada en cada una de las localidades de la ciudad, en las que se establezca un centro de atención.

Finaliza expresando la necesidad de personal adicional de la Policía Nacional en la Localidad de Puente Aranda (Fls. 273 a 275)

Bogotá D.C – Secretaría de Gobierno – Alcaldía Local de Puente Aranda

La apoderada de la entidad territorial solicitó declarar el hecho superado, por cuanto las entidades distritales han actuado de manera permanente y articulada respecto de la problemática de habitantes de calle, con el fin de que se garantice la seguridad a la comunidad y la atención integral a esa población y la evacuación de los mencionados cambuches.

Indicó que la Alcaldía Local de Puente Aranda ha coordinado operativos de recuperación de espacio público en conjunto con la XVI Estación de Policía de Puente Aranda, la Secretarías de Integración Social, Seguridad Convivencia y Justicia, Ambiente, Gobierno, IDIPRON, LIME SA. ESP, retirando las viviendas subnormales (Cambuches) con el objetivo de no permitir su permanencia.

Señala que para el año 2018, se realizaron 34 operativos, dentro de los cuales 26 de 368 habitantes de la calle fueron trasladados a centros acogidos por la Secretaría Distrital de Integración Social, se recogieron 502 m³ de residuos mixtos y se desmontaron 56 cambuches correspondientes a 45.460 metros.

En el 2019, se realizaron 27 operativos mediante los cuales se han retirado 74 viviendas subnormales, se adelantaron requisas y capturas por el porte de sustancias psicoactivas y el decomiso de 5.400 papeletas de basuco y 17 bicicletas recuperadas.

Frente a las pretensiones relativas a cambiar de ubicación a los hogares de paso que existen en la Localidad de Puente Aranda, explica que en esa localidad se ubica el 8.5% de la población habitante de calle de la ciudad, consistente en 365 personas, de los cuales 283 se localizan en

parques y cambuches en dinámica flotante y estacionaria, no obstante, precisa que esa localidad se encuentra ubicada estratégicamente en el cinturón central de la ciudad que junto con las Localidades de los Mártires, Santa Fe y la Candelaria, presentan la mayor concentración del fenómeno de habitabilidad en calle de la ciudad.

Hace referencia a las 19 Unidades Operativas para la Atención de Habitantes de Calle, los cupos de día y noche, como de los servicios de cada proyecto, asimismo, advierte que 2 de esas Unidades, se encuentran ubicadas en la Localidad de Puente Aranda.

Señala los operativos realizados entre mayo y agosto de 2019, de las Jornadas de Desarrollo Personal 2019 CTP Puente Aranda, de la referenciación de servicios realizados por la Secretaría Distrital de Integración Social de enero a agosto de 2019.

Refiere la realización de una mesa de coordinación realizada el 16 de julio de 2019, intervención integral adelantada el 17 de julio de 2019 con 395 uniformados, asimismo, indica que, a partir del 18 de julio de 2019, se dispuso 3 recorridos diarios para el registro y control a personas aledañas por parte de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Ministerio Público

No presentó concepto.

Defensoría del Pueblo

No emitió pronunciamiento.

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998 y lo previsto en los artículos 104, 106, 124, 144 y numeral 10 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio de la acción popular en contra de las autoridades distritales de Bogotá D.C.

Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir el caso sub examine.

2. Problema jurídico

¿Las entidades accionadas vulneraran los derechos colectivos a la seguridad, salubridad públicas y goce del espacio público en la Localidad de Puente Aranda, por cuanto frente al fenómeno de habitantes de la calle, no han actuado de manera articulada para establecer un cronograma de operación que garantice la recuperación del espacio público y la seguridad en esa localidad?

Para decidir el problema jurídico, el Juzgado acoge por utilidad conceptual los siguientes conceptos:

- **Naturaleza y alcance de la acción popular**

El artículo 88 de la Constitución Política establece que las acciones populares son un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el espacio y la seguridad, entre otros y advierte que la ley las regulará.

En cumplimiento de ese mandato la Ley 472 de 1998, las reglamentó y de manera clara y precisa en el artículo 2º indicó que la acción popular se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos.

El Consejo de Estado en sentencia del 6 de julio de 2018¹, precisó que la acción popular busca que la comunidad pueda disponer de un mecanismo judicial para la protección efectiva, de forma rápida y sencilla, de los derechos colectivos cuya amenaza o vulneración debe necesariamente probarse para la procedencia del amparo y advirtió lo siguiente:

“(…) Conforme con lo anterior, los supuestos sustanciales para que proceda el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos son: i) una acción u omisión de la parte demandada; ii) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y iii) la relación o nexo de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses.

Sobre el particular, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 28 de marzo de 2014, explicó lo siguiente:

¹ Sección Primera. Radicación 68001-23-33-000-2015-00848-01(AP) Actor: Unidad Residencial Bonaparte, Demandado: Municipio de Floridablanca y otros. C.P. Hernando Sánchez Sánchez

“[...]

Acorde con el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 472 de 1998, el objeto de la acción popular radica en **evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible.**

Por su parte, el artículo 9 de la misma disposición prevé que tal instrumento procede contra toda **acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares**

[...] Esta Corporación ha recalcado que además de que se presente a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana, sino también c) la existencia de la relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses [...] Cabe anotar que las acciones populares tienen carácter restitutorio, es decir, buscan, cuando ello fuere posible, volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho, toda vez que su objeto radica en proteger de manera efectiva el interés colectivo, razón por la cual corresponde al juez determinar si es posible dicho restablecimiento, porque de no serlo procede una indemnización, teniendo claro que la acción popular no persigue un beneficio pecuniario [...] Dentro de este contexto la acción popular se encuentra vinculada estrechamente con el principio de solidaridad consagrado en la Constitución Política, esto es, que constituye un mecanismo por medio del cual los ciudadanos intervienen en las decisiones que los afectan para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado [...] Otra de las características de la acción popular es la relacionada con la autonomía del instrumento judicial.

En efecto, esta Sección ha indicado que esta acción constitucional es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículo 18 ley 472 de 1998); por consiguiente, no resulta viable, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción popular de la procedencia o no de otras acciones principales o subsidiarias, por cuanto la acción popular tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados con la demanda [...] Es de resaltar que la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica. Empero, ha destacado la Sala que quien concurre al litigio después de haberse promovido la acción popular por diferente persona, sólo puede acogerse al proceso dentro de los términos en que ésta presenta la demanda, es decir, no le es dable al tercero extenderse en la materia discutida, los móviles o las consecuencias del proceso, puesto que es el actor quien en la demanda, fija el litigio [...] la Sala encuentra el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el cual permite el decreto de medidas cautelares de oficio o a petición de parte, antes de notificada la demanda o en cualquier estado del proceso, con el propósito de prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado. Aunado a ello, el artículo 26 ibídem, señala que contra el auto que ordena dichas medidas proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben ser concedidos en el efecto devolutivo... Los

intereses colectivos suponen la restitución de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado de personas.

[...]”.² (Destacado de la Sala).

En la referida providencia, el Consejo de Estado enfatizó en que la lesión o puesta en peligro de los derechos colectivos debe estar debidamente probada, según lo dispone el artículo 30 de la Ley 472 y que corresponde al actor popular la carga de acreditar y probar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda.

- **Derecho colectivo al Espacio público**

El artículo 82 de la Constitución Política, establece que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”*.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Sobre el particular la Corte Constitucional³ ha dicho lo siguiente:

“[...] La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre los cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos [...]”

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, providencia de 28 de marzo de 2014, Radicación nro. 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP).

³ Corte Constitucional. Sentencia SU-360 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, establece:

“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

La Corte Constitucional en la sentencia Sentencia T-537 de 1997, precisó lo siguiente:

“(...) En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares ...”

Por su parte, el artículo 139 de la Ley 1801 de 29 de julio de 2016⁴, indica:

*“[...] **Constituyen espacio público:** el subsuelo, el espectro electromagnético, las áreas requeridas para la circulación peatonal, en bicicleta y vehicular; la recreación pública, activa o pasiva; las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías y aislamientos de las edificaciones, fuentes de agua, humedales, rondas de los cuerpos de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares; las instalaciones o redes de conducción de los servicios públicos básicos; las instalaciones y los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones; las obras de interés público y los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos, paisajísticos y artísticos; los terrenos necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales; los terrenos necesarios de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas, corales y bosques nativos, legalmente protegidos; la zona de seguridad y protección de la vía férrea; las estructuras de transporte masivo y, en general, todas las zonas existentes y debidamente afectadas por el interés colectivo manifiesto y*

⁴ Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo [...]”.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU -842 de 21 de noviembre de 2013⁵, determinó los elementos constitutivos del espacio público, consideró:

“El espacio público:

(...) el Constituyente de 1991 amplió la idea tradicionalmente aceptada en los artículos 674 y 678 del Código Civil, teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva.

[...] dentro de los elementos constitutivos naturales, en el rubro de áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico, figuran:

ii) [Los] Elementos artificiales o contruidos, relacionados con corrientes de agua, tales como: canales de desagüe, alcantarillas, aliviaderos, diques, presas, represas, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental, y relacionados con cuerpos de agua tales como: embalses, lagos, muelles, puertos, tajamares, rompeolas, escolleras, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental;

De lo expuesto se sigue que las calles, andenes, ciclovías, ciclorrutas, rondas hídricas o hidráulicas y las zonas de manejo y preservación ambiental, entre otras, forman parte del espacio público, y que los humedales están constituidos jurídicamente como bienes de uso público de especial protección ecológica”.

- **Derechos colectivos a la seguridad y salubridad publicas**

La seguridad pública y la salubridad públicas están previstos como derechos colectivos en el artículo 4, literal g), de la Ley 472 de 1998 y sus alcances, que son bastante amplios, han sido precisados a través de la jurisprudencia.

Sobre el particular se ha señalado que la seguridad pública forma parte del concepto de orden público y comprende "las actividades encaminadas a prevenir accidentes naturales y calamidades humanas, como las típicas tareas de policía administrativa, circunscritas a evitar disturbios y sublevaciones, e incluso, el desarrollo de cualquier actividad

⁵ Referencia: Expediente T-3.011.980. Accionante: Juan Manuel Benítez, Demandados: Consejo de Estado – Sección Primera, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A”. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

tendiente a hacer cesar las circunstancias que vulneren las condiciones mínimas de seguridad de las que debe gozar la comunidad.”⁶

Por otra parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia del 14 de diciembre de 2018⁷, precisó:

*“(…) sobre el concepto de “**seguridad pública**” ha sostenido esta Sección, de manera coincidente con la Corte Constitucional, que:*

*“[...] En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de **seguridad y salubridad públicas**; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad.”*
“...En cuanto a la seguridad pública, su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas [...].Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinados proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados [...]”⁸

- **Análisis del Despacho**

Apoyados en los anteriores conceptos, el Juzgado procede a realizar el análisis del caso en concreto de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

-A folios 55 a 57 obran registros fotográficos aportados junto con la acción popular en la que se advierte: Escombros, habitantes de la calle, basuras, habitantes de calle ubicados en un caño.

-A folio 168 obra CD, aportado por Bogotá D.C., contentivo de los soportes de la acción popular y en la que se encuentra: i) Copia de actas de reuniones realizadas con los habitantes de calle, ii) Soportes de actuaciones de noviembre de 2017 a abril de 2018, iii) Registro fotográfico y iv) Trazabilidad.

-A folios 172 a 178 obra registro fotográfico de las actuaciones realizadas por la Policía Metropolitana de Bogotá.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de mayo de 2005, M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, 2003-01478 (AP).

⁷ Sección Primera, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00265-01 (AP), Actor: Personería Municipal de Lórica – Córdoba, Demandado: Municipio de Santa Cruz de Lórica - Córdoba y Otros. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

⁸ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. AP 1834. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

- Copia del Informe de actividades rendido por el comandante de la Estación de Policía de Puente Aranda, al jefe de asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá, relativo a las actividades realizadas en esa localidad (Fl. 186 a 188).

- Copia del Informe de actividades rendido por el comandante Grupo Fuerza Disponible de la Policía Metropolitana de Bogotá, al jefe de asuntos Jurídicos de la Policía Metropolitana de Bogotá, relativo a las actividades realizadas en la Localidad de Puente Aranda (Fl. 189 a 190).

En este punto, el Juzgado advierte que si bien en audiencia de pacto de cumplimiento (Fls. 215 a 218) se incorporaron como medios de pruebas las documentales que obran de los folios 230 a 260, los mismos resultan impertinentes e improcedentes para decidir respecto del problema jurídico planteado de cara a los hechos y pretensiones relacionados con en la acción popular, como quiera que en ellos se hace referencia a la localidad de los Mártires y en el presente asunto se concreta a las acciones u omisiones relacionadas con la Localidad de Puente Aranda.

Asimismo, es del caso, precisar que los referidos informes de policía están suscritos por el mayor Jhon Alexander Becerra Zabala en su calidad de comandante de la Décima Cuarta Estación de Policía Los Mártires y no por el comandante de la Estación de Policía de la Localidad de Puente Aranda. Tampoco se anuncia en los informes actividades conjuntas realizadas entre los comandantes de las ambas estaciones que tuvieron lugar en la jurisdicción de la Localidad de Puente Aranda.

Realizada la anterior precisión, de los restantes medios de prueba arrojados a la acción y de las fotografías allegadas por los accionantes se puede advertir lo siguiente:

- En el Acta 03 del 27 de marzo de 2018 (CD, Fl. 168) se estableció: i) La Secretaría de Seguridad se refiere a se han presentado algunas dificultades por reclamos de la comunidad aledaña al hogar El Oasis administrado por IDIPRON, ya que los ciudadanos se bajan de los buses que los transportan al hogar y se dedican a delinquir y/o a vagar en los parques aledaños. La funcionaria de IDIPRON le explico sobre las estrategias que la institución hace para contrarrestar eso. Se van a ubicar nuevos puntos para la ruta del hogar para contrarrestar esto un poco, ii) La policía afirma que el problema de basuras genera una percepción de inseguridad y de presencia de habitantes de calle., iii) La SDIS comparte información sobre los Centro noche y día y comenta que la metodología de ingreso es por medio de balotas, ya que la población que requiere de los servicios supera los cupos asignados a cada hogar. Las personas que

ingresan a los servicios deben ser mayores de 60 años y deben estar en condiciones funcionales, para las personas que presentan condiciones especiales de salud se les priorizan. Para mujeres son 7 cupos diarios.

-En acta sin numero de 12 de abril de 2018 (CD, Fl. 168), se consignó: i) La Secretaría de Seguridad informa que los operativos se siguen realizando a diario como había sido el compromiso. Todos los días se hace acompañamiento al canal. Se han trabajado acciones pedagógicas en los barrios aledaños y se seguirá trabajando con la comunidad e instituciones, ii) La Policía Nacional refiere que se dejó servicio de acompañamiento a Veraguas las 24 horas, en el sector del canal se encuentra un grupo de policías permanente y en la 30 con 6 se encuentra un CAI Móvil, iii) Los contratistas del Acueducto informan que han sido víctimas de atracos por parte de algunos presuntos CHC después de los operativos que realiza la Policía. La Policía le solicita que presenten las denuncias para conocer los casos.

-En acta del 26 de abril de 2018 (CD, Fl. 168), se determinaron como aspectos relevantes los siguientes: i) En la glorieta de la 50 con autopista sur se sugiere coordinar un operativo de recuperación de espacio público articulado con las localidades presentes en este espacio y abordar la problemática de seguridad que allí se presentan, ii) Se menciona el espacio del Skype Park por la presencia de habitantes de calle, cambuches, consumo de sustancias psicoactivas, inseguridad y de invasión del espacio público, iii) Se informa que la alcaldía instauró una mesa de seguridad sobre el tema y desde allí las instituciones están abordando las diferentes problemáticas, iv) El hogar de paso de IDIPRON ubicado sobre la sexta realizó una intervención a la fachada, v) Se ha realizado articulación con la policía de prevención para realizar una actividad comunitaria de impacto que permita vincular a la comunidad y a los ciudadanos habitantes de calle de los barrios aledaños al canal comuneros. Se sugiere hacer dicha jornada en el Skype Park y en la fecha en la cual se realizará una actividad en IDIPRON programada por la Secretaría de la Mujer.

-Los soportes relativos a los meses de noviembre de 2017 a abril de 2018 (CD 168) corresponden a actuaciones desarrolladas en recorridos por la Secretaría de Integración Social.

- En la carpeta denominada "Soportes fotográficos" (CD Fl, 168) se observan 22 archivos WhatsApp relativos a imágenes tomadas entre el 20 de mayo y el 30 de mayo de 2018, en la que advierte a funcionarios del distrito y algunos policías interactuando con habitantes de la calle y brindando información.

-En cuanto a la trazabilidad de las actuaciones realizadas, advierte el Despacho que la carpeta rotulada con el mismo nombre (CD, fl. 168), se aportan 2 respuestas dadas por parte de subdirectora para la Aduldez de la Secretaría Distrital de Integración Social, de fechas 14 de febrero de 2018 y 9 de mayo de 2018, respecto de acciones adelantadas entre otras en el barrio Varaguas y en las que hace referencia al proyecto de Inversión "*Prevención y Atención Integral del Fenómeno de Habitabilidad en Calle*", en el marco del plan de desarrollo 2016-2020 que tiene como objeto "*promover la inclusión social de los Ciudadanos y Habitantes de Calle y las poblaciones en riesgo de habitar las calles*", sin embargo, no se allega soporte alguno, ni se determina de manera clara y precisa el seguimiento a las acciones adelantadas por las entidades accionadas respecto a la seguridad en la Localidad de Puente Aranda y la recuperación del espacio público, con lo cual se evidencia que no se ha realizado seguimiento y control a la presuntas acciones realizadas.

Conforme a lo anterior, concluye el Despacho que la Localidad de Puente Aranda ha venido presentando tanto el fenómeno de habitantes de la calle como de inseguridad de conformidad con lo registrado en las actas de fechas 27 de marzo, 12 de abril y 27 de abril de 2018, sin que encuentre acreditado dentro de la presente acción popular que Bogotá D.C., a través de las entidades distritales hayan realizado de manera clara, precisa y articulada la planificación de las acciones a seguir para atender de manera efectivo el fenómeno de la habitabilidad en la calle respecto de los derechos colectivos al espacio público y la seguridad.

Así, es del caso hacer claridad que pese a que en la contestación de la acción Popular, Bogotá D.C., hace la descripción de un sin número de actuaciones adelantados en la Localidad de Puente Aranda, no obra prueba en el expediente de su realización, de tal manera que únicamente a partir de la valoración de las incorporadas por el Juzgado, es válido concluir que el Distrito Capital a través de sus diferentes entidades no ha realizado de manera articulada las medidas necesarias e idóneas para solucionar los problemas de seguridad en la Localidad de Puente Aranda, de cara al fenómeno de habitantes de la calle.

Conforme a lo expuesto, las excepciones de inexistencia de la omisión, ausencia de daño contingente y falta de nexo causal, propuestas por Bogotá D.C., como falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por la Policía Nacional – Policía Metropolitana de Bogotá, no están llamadas a prosperar, en tanto que, si se encuentran acreditados los supuestos para la procedencia de la acción constitucional como son las omisiones de las entidades, el peligro de la comunidad y la relación de nexo causal. En este punto, es necesario advertir:

-A través de la Ley 1641 de 2013, se establecieron los lineamientos generales para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle dirigidos a garantizar, promocionar, proteger y restablecer los derechos de estas personas, con el propósito de lograr su atención integral, rehabilitación e inclusión social.

-Por su parte el Distrito Capital expidió el Decreto 560 de 2015 "*Por medio del cual se adopta la Política Pública Distrital para el Fenómeno de Habitabilidad en Calle y se derogan los Decretos Distritales Nos 136 de 2005 y 170 de 2007*"⁹, en el que respecto del componente Tres, denominado Seguridad Humana y Convivencia Ciudadana, precisó:

"Tiene como objetivo propiciar entornos seguros y protectores, por medio del reconocimiento y transformación de los conflictos relacionados con el fenómeno, disminuyendo su impacto en la integridad física, psicológica y moral tanto de los ciudadanos y ciudadanas habitantes de calle, como de las poblaciones en riesgo y de la comunidad en general. Para el desarrollo del Componente Tres, se adelantarán las siguientes líneas de acción:

** Generación de conocimiento para la comprensión de los conflictos relacionados con el fenómeno de la habitabilidad en calle.*

** Acciones de convivencia pacífica entre los habitantes de calle y la comunidad en general*

** Acciones para la protección de la vida y el acceso a la justicia de las Ciudadanas y los Ciudadanos Habitantes de Calle.*

** Pacto Distrital de Convivencia el fenómeno de la habitabilidad en calle para la resolución de conflictos.*

** Fortalecimiento de actores locales para la garantía de los derechos de las Ciudadanas y los Ciudadanos Habitantes de Calle en el Distrito Capital".*

-En el Decreto Nacional 1066 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior*", se dispuso que respecto de las Políticas Integrales de Seguridad y Convivencia Ciudadana, cada entidad territorial debe formular una Política Integral de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que contemple los planes, programas y proyectos elaborados conjuntamente con los representantes de la fuerza pública, organismos de seguridad y policía judicial a nivel territorial; asimismo precisó lo siguiente:

⁹ <http://www.idipron.gov.co/sites/default/files/docs/transparencia/politicas-publicas-lineamientos-sectoriales/pp-fenomeno-habitabilidad-calle.pdf>

“Artículo 2.7.1.1.16. Políticas integrales de seguridad y convivencia ciudadana. En cada departamento, distrito o municipio, el Gobernador o Alcalde respectivo deberá formular una Política Integral de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que contemple los planes, programas y proyectos elaborados conjuntamente con los representantes de la fuerza pública, organismos de seguridad y policía judicial a nivel territorial. Esta política se articulará con la Política y Estrategia de Seguridad y Convivencia Ciudadana que formule el Gobierno Nacional y deberá ser aprobada por el respectivo Comité Territorial de Orden Público.

Artículo 2.7.1.1.17. Comités territoriales de orden público. En cada departamento, distrito o municipio, habrá un Comité Territorial de Orden Público encargado de estudiar, aprobar, hacer seguimiento y definir la destinación de los recursos apropiados para los FONSET. La destinación prioritaria de los FONSET será dar cumplimiento a las Políticas Integrales de Seguridad y Convivencia Ciudadana, articulada con la Política y Estrategia de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

El Comité estará integrado, de acuerdo con la **representación de fuerza pública, organismos de seguridad y policía judicial** que operen en el respectivo departamento o municipio, por el Comandante de la Guarnición Militar o quien haga sus veces o su delegado, el **Comandante de la Policía**, el Director Seccional de la Unidad Nacional de Protección (UNP) o su delegado operativo y/o la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, según corresponda, el Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, el Gobernador o el Alcalde Municipal, según el caso o como su delegado el Secretario de Gobierno o quien haga sus veces, quien lo presidirá.

Artículo 2.7.1.1.18. Funciones de los comités de orden público. Son funciones de estos Comités:

1. Coordinar el empleo de la fuerza pública en el marco de formulación de la política integral de seguridad y convivencia ciudadana que se articulará con la política nacional de seguridad y convivencia ciudadana que formule el Gobierno Nacional.

2. Coordinar la implementación de los planes integrales de seguridad.

3. Aprobar los planes integrales y programas de seguridad y convivencia ciudadana, atendiendo las necesidades de seguridad en cada jurisdicción, en el marco de lo establecido en este decreto y de las políticas integrales de seguridad y convivencia ciudadana.

4. Recomendar al Gobernador o Alcalde, los programas y proyectos que se ejecutarán en la respectiva anualidad y se prioricen las inversiones que se requieran para dar cumplimiento a la política integral de seguridad y convivencia ciudadana.

5. De acuerdo con lo anterior, preparar, para aprobación del Gobernador o Alcalde el Plan Anual de Inversiones del fondo cuenta.

6. Evaluar y determinar la necesidad de gestionar ante las autoridades competentes la implementación del Sistema SIES en la respectiva jurisdicción y efectuar seguimiento al mismo.

-En cumplimiento de esa y otras disposiciones legales el Distrito de Bogotá, mediante la Resolución 001 de 2017 del 19 de diciembre de 2017¹⁰, se aprobó el Plan Integral de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Distrito Capital 2017 – 2020¹¹, en el que, con relación a la Localidad de Puente Aranda, en materia de seguridad, se hace referencia al índice de criminalidad para determinar la afectación por los delitos de lesiones personales, hurto a personas, tráfico de drogas.

Asimismo, se hace referencia a que la Localidad de Puente Aranda presenta las siguientes dinámicas:

- *Dinámica residencial, el Proyecto de Vivienda de Interés Prioritario VIP Plaza de la Hoja en la UPZ Zona Industrial en el sector de Estación Central, donde se identifican principalmente problemáticas de consumo de SPA al interior de las unidades, gestión inadecuada de residuos y disposición de los mismos en los entornos de la zona de la carrilera, generando concentración de habitantes de calle y zonas de percepción de inseguridad. La Plaza de la Hoja está habitada en su mayoría por población vulnerable víctima del conflicto armado, con escasas oportunidades laborales y de formación, con alta presencia de jóvenes, niños y adolescentes, con identidades regionales asentadas y con poca experiencia en habitar en espacios de copropiedad. Estos factores determinantes se convierten en dinamizadores de problemáticas vecinales al no contar con mecanismos de resolución pacífica de los conflictos.*
- *Dinámica barrial, relacionada con la presencia de equipamientos institucionales que ofrecen servicios para la población habitante de calle y la UPJ. Las comunidades de la localidad han construido una percepción negativa frente a estos espacios y los entornos que las rodean, además de identificar como factores determinantes de sus problemáticas de convivencia a los actores que hacen uso de estos equipamientos. Según la caracterización realizada, las problemáticas de seguridad en la localidad, referente a hurtos y comercialización de SPA, está relacionada con el tránsito de habitantes de calle, la UPJ y la transformación de sectores consolidados residenciales en dinámicas comerciales de bajo impacto.*

Nótese que, a partir de la intervención en el Bronx, hecho notorio que no requiere de su demostración¹² dentro de la presente acción constitucional, únicamente se **registran 3 actas de reuniones** entre funcionarios de la Alcaldía Local de Puente Aranda, la Policía Metropolitana de Bogotá, SSCJ, Secretaría Distrital de Integración Social, Secretaría Distrital de la Mujer, IDRIPRON y la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, en las que solamente se exponen

¹⁰ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=73278&dt=S>

¹¹ <https://scj.gov.co/sites/default/files/archivos-adjuntos/piscj-2017-final.pdf>

¹² Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, artículo 167 del CGP.

circunstancias, sin que se haya establecido: i) un cronograma de actividades, ii) fechas de seguimiento, iii) evaluación a las medidas adoptadas, iv) alternativas de solución que permitan garantizar de manera efectiva la protección entre otros a los derechos colectivos de seguridad y espacio público, con lo cual se demuestra que no existe una planificación articulada de competencias y actuaciones que permitan realizar la evaluación integral a las acciones a realizar y comprobar su efectividad con el fin de descartarlas y definir medios alternativos para la protección de los derechos colectivos objeto de la presente acción constitucional, de cara con la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y su relación con la seguridad en la Localidad de Puente Aranda.

Conforme a lo anterior, resulta procedente el amparo de los derechos colectivos a la seguridad y espacio público en la Localidad de Puente Aranda, como quiera que las entidades accionadas y la Policía Metropolitana de Bogotá, no acreditaron un actuar conjunto, atendiendo la planeación, seguimiento y control de las medidas necesarios en la Localidad de Puente Aranda, tendientes a garantizar a sus habitantes, los derechos colectivos para los que se pide protección a través de la presente acción popular, de cara a la política pública social para habitantes de la calle y su relación con la seguridad en la Localidad de Puente Aranda, conforme al Plan Integral de Seguridad y Convivencia Ciudadana del Distrito Capital, por lo que se ordenará que dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia Bogotá D.C – a través de las Secretarías Distritales de Seguridad, Convivencia y Justicia, Integración Social, Gobierno, la Alcaldía Local de Puente Aranda y Policía Nacional – Policía Metropolitana de Bogotá – Comandante de Policía de la Localidad de Puente Aranda, el Procurador delegado para el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y el Defensor del Pueblo designado para la presente acción constitucional, adelanten una mesa de trabajo en la que de manera clara, precisa y articulada se determinen los aspectos de mayor impacto en seguridad de la Localidad de Puente Aranda, se identifique el espacio público ocupado por los habitantes de la calle y se establezcan las alternativas de solución.

Una vez adelantada la referida reunión, dentro de los 15 días deberá realizarse un cronograma de actividades que se ejecutarán dentro del mes siguiente, manera conjunta y articulada para garantizar la seguridad, salubridad pública y la recuperación del espacio público, frente a las cuales se fijarán las fechas de seguimiento control y evaluación en la Localidad de Puente Aranda.

El comité de verificación de la acción popular estará integrado por el señor Roso Antonio Vásquez Renderos, el secretario de Gobierno de Bogotá D.C., el señor comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, el representante de la Defensoría del Pueblo y el procurador delegado para el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y será presidido por el representante de la Defensoría del Pueblo.

El Despacho negará la pretensión relativa a que por esta vía se ordene establecer los centros de atención a la población habitante de la calle en la ciudad de Bogotá, respecto de las diferentes localidades que integran la entidad territorial, por cuanto ello escapa a la competencia del Juez constitucional en la presente acción popular en tanto que la definición de los mismos y su ubicación corresponde a competencias únicas del Distrito Capital en desarrollo de las políticas públicas que establezca para la atención a esa población en armonía con la Política Integral de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

CONDENA EN COSTAS.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo, no se condenara en costas a las partes accionadas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las excepciones de inexistencia de la omisión, ausencia de daño contingente y falta de nexo causal, propuestas por Bogotá D.C., así como las excepciones de improcedencia de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por la Policía Nacional – Policía Metropolitana de Bogotá, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. AMPARAR los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública y espacio público vulnerado por las entidades accionadas conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En consecuencia, dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia Bogotá D.C – a través de las Secretarías Distritales de Seguridad, Convivencia y Justicia, Integración Social, Gobierno, la Alcaldía Local de Puente Aranda y la Policía Nacional – Policía

Metropolitana de Bogotá – Comandante de Policía de la Localidad de Puente Aranda, el Procurador delegado para el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y el Defensor del Pueblo designado para la presente acción constitucional, adelanten una mesa de trabajo en la que de manera clara, precisa y articulada se determinen los aspectos de mayor impacto en seguridad de la Localidad de Puente Aranda, se identifique el espacio público ocupado por los habitantes de la calle y se establezcan las alternativas de solución.

Una vez adelantada la referida reunión, dentro de los 15 días siguientes deberá realizarse un cronograma de actividades que se ejecutarán dentro del mes siguiente, manera conjunta y articulada para garantizar la seguridad, salubridad pública y la recuperación del espacio público, frente a las cuales se fijarán las fechas de seguimiento control y evaluación en la Localidad de Puente Aranda.

TERCERO. Comité de verificación. El comité de verificación de la acción popular estará integrado por el señor Roso Antonio Vásquez Renderos, el secretario de Gobierno de Bogotá D.C., el señor comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, el representante de la Defensoría del Pueblo y el procurador delegado para el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá y será presidido por el representante de la Defensoría del Pueblo.

CUARTO. Negar la pretensión relativa a que la atención de los habitantes de la calle se realice directamente en los territorios en que se encuentren, sin necesidad de trasladarlos a la Localidad de Puente Aranda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

QUINTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN

Juez

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 11001 – 3334 - 003-2017-00294-00
DEMANDANTE: APIROS S.A.S.
DEMANDADA: BOGOTÁ D.C- SECRETARÍA DISTRITAL DEL HÁBITAT
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad APIROS S.A.S. actuando a través de apoderado judicial, formula demanda contra Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se revoque o anule la Resolución 440 del 9 marzo de 2016, por medio de la cual la Subdirección de investigación y Control de Vivienda, sancionó con multa a la sociedad demandante.

Que se revoque o anule la Resolución 1377 del 26 de mayo de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que confirmó la sanción.

Que se revoque o anule la Resolución 287 del 27 de marzo de 2017, por medio de la cual la Subdirección de inspección Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá, resolvió el recurso de apelación y confirmó la sanción recurrida.

A título de restablecimiento del derecho, se eliminen las multas y las sanciones y, se le restituyan los valores que hubieren sido pagados por la demandante y se le indemnice cualquier perjuicio que se haya causado por la imposición de dichas multas.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que a título de restablecimiento del derecho se eliminen las ordenes impartidas en los actos administrativos demandados, y en caso de haber cumplido con las ordenes, que se reembolsen todos los valores en los que haya incurrido la demandante para cumplir dichas ordenes

Condenar a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante se resumen de la siguiente manera:

El 19 de abril de 2013, ante la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá, se instauró queja bajo el radicado 1-2013-20923 en contra la sociedad demandante, por posibles deficiencias constructivas en el apartamento 603 de la torre 12 sector 2 del Conjunto Residencial Senderos del Porvenir IV, ubicado en la carrea 100 No. 50 B- 45 Sur, de la ciudad de Bogotá.

Mediante Auto 2411 del 12 de noviembre de 2014, la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá, abrió investigación en contra de la sociedad APIROS S.A.S. con relación a los hechos de la queja 1-2013-20923.

Por medio de la Resolución 440 del 9 marzo de 2016, la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá, sancionó a la sociedad APIROS S.A.S., por la presunta vulneración al Acuerdo 20 de 1995, frente al apartamento 603 de la torre 12 sector 2 del conjunto residencial Senderos del Porvenir IV, ubicado en la carrea 100 No. 50B- 45 Sur, de la ciudad de Bogotá.

El 28 de abril de 2016, la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución 440 del 09 de marzo de 2016.

A través de la Resolución 1377 del 26 de mayo de 2016, se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la sanción dispuesta en la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016.

El 28 de abril de 2017, operó el silencio administrativo positivo contemplado en el artículo 52 del CPACA, por cuanto para esa fecha

no se le había notificado a la demandante de la resolución del recurso de apelación.

Indica que la Resolución 287 del 27 de abril de 2017, le fue notificada por aviso el 4 de mayo de 2017, por parte de la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por el demandante se pueden concretar de la siguiente forma:

- **Derogatoria tácita del Acuerdo Distrital 20 de 1995**

Considera que el Acuerdo 20 de 1995, fue derogado tácitamente por Ley 400 de 1997 “*Por la cual se adoptan medidas sobre construcciones sismorresistentes*” por lo que considera que su aplicación supone el uso de una norma que no está vigente en la normatividad.

Explica que el proceso sancionatorio tuvo como fundamento una norma derogada tácitamente, según pronunciamiento del Consejo de Estado, razón por la cual, sostiene que quedaría sin sustento jurídico lo actuado por la Secretaría Distrital del Hábitat.

- **Silencio administrativo positivo**

Señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la entidad demandada había perdido competencia para resolver el recurso de apelación y por ende se configuró el silencio administrativo positivo, por cuanto el acto administrativo fue proferido por fuera del año siguiente a la interposición de los recursos.

- **Ausencia de oportunidad para expedir auto de apertura de investigación**

Considera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo sexto del Decreto Distrital 419 de 2008, la Secretaría Distrital del Hábitat contaba con el término de 1 mes, a partir del informe técnico, para determinar la procedencia de la apertura de investigación, plazo que a su juicio fue superado ampliamente vulnerando el debido proceso y principio de legalidad.

- **Violación al debido proceso**

Sostiene que la demandada no obró como garante del derecho de contradicción, por cuanto no dio traslado del informe técnico de fecha 28 de octubre de 2015, sujetando dicha actuación a su propio juicio sin ceñirse a las garantías procesales previstas en los procesos sancionatorios, así como tampoco dio aplicación a lo previsto en el Decreto 572 del 22 de diciembre de 2015, respecto del término de 10 días para alegar.

- **Confianza legítima**

Indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente ha señalado que ese principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

Explica que sobre el hecho "*humedades en antepecho de ventanas*" la en distintos apartamentos del mismo proyecto, la Secretaría Distrital del Hábitat, en algunos ha procedido al archivo de la investigación sin lugar a sanción alguna y en otros, ha impuesto sanciones de forma discrecional, basados en una simple inspección visual sin sustento técnico probable alguno, lo cual ha propiciado que las conclusiones de los distintos profesionales se produzcan de manera subjetiva y necesariamente difieran frente al mismo hecho.

Así, en los casos exactamente iguales al que nos ocupa el reemplazo de la nave corrediza de las ventanas por una nave que cuenta con un perfil anti-condensación ha funcionado a tal punto de lograr en otros expedientes el cierre de la investigación por haber encontrado ese mismo Despacho que la aparente deficiencia fue subsanada (Expediente 2013-12466 apto 503 Torre 5, Expediente 2013-12345 apto 602 Torre 15, Expediente 2013-12477 apto 404 Torre 15, Expediente 2013-

12463 apto 404 Torre 11), por lo que afirma que es evidente que la persistencia del problema ya no se deriva del diseño sino que en el caso que nos ocupa se origina en la gestión exclusiva del propietario del Inmueble, probablemente por falta de aseo y mantenimiento, por no limpiar las paredes ni los espacios en debida forma o abstenerse de abrir las ventanas con la periodicidad necesarias y por lo tanto, haber desatendido las múltiples recomendaciones realizadas desde el momento de la entrega.

Hace la relación a otros expedientes dentro de los cuales la Secretaría Distrital del Hábitat se abstuvo de abrir investigación, para concluir que se vulneró la confianza legítima de la sociedad demandante, en tanto que existen casos en los que la entidad demandada ha fallado de manera favorable a la sociedad

- **Ilegalidad de la multa impuesta.**

Indica que ninguna de las normas que fundamentaron la imposición de la sanción faculta a la demandada para imponer multas indexadas, por lo que dicha práctica se torna ilegal.

Asimismo, precisa que la entidad demandada no puede fundamentar los actos administrativos en conceptos de la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado, por cuanto los mismos no son de obligatorio cumplimiento, por lo que la entidad solo debe atender al momento de establecer las sanciones lo previsto en las leyes o actos con fuerza de ley atendido el principio de legalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Bogotá D.C – Secretaría del Hábitat:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, explicó que las resoluciones acusadas fueron expedidos conforme a la ley, por lo que no se configura ninguna de las causales invocadas por la demandante y no se presenta desconocimiento alguno de los derechos de la actora para que sean objeto de restablecimiento.

Precisa que no es cierto que el Decreto 20 de 1995, haya sido derogado tácitamente por cuanto regula materias distintas, y por ello la infracción endilgada a la constructora no se encuentra relacionada con sismo

resistencia, por lo que no se pueden entender derogadas las normas que fundamentaron la imposición de la sanción.

Por otra parte, indicó que los recursos fueron decididos dentro del año siguiente a su imposición, pero que no pudieron ser notificados dentro de dicho término por voluntad propia del demandante, quien no quiso notificarse personalmente y esperó a ser notificado por aviso, razón por la cual no es cierto que hubiera perdido competencia para resolver el recurso de apelación.

Advierte la inexistencia de ausencia de oportunidad para expedir el acto de apertura de la investigación administrativa, la no vulneración al debido proceso, ni de la confianza legítima y no se configura la ilegalidad de la multa impuesta a la demandante.

Tercero con Interés

No efectuó manifestación alguna.

ACTUACION PROCESAL

La demanda se radicó en el 5 de diciembre de 2017 (Fl. 87 C1).

Por auto de 16 de febrero de 2018 (Fls. 89 a 90 C1), se inadmitió la demanda, corregidos los defectos (Fls. 92 a 95 C1) se admitió por auto del 24 de abril de 2018, se vinculó al tercero con interés, se ordenó al Distrito de Bogotá, Secretaría del Hábitat dar cumplimiento al parágrafo 1 del artículo 175 del C.P.A.C.A, providencia notificada por estado (Fls. 138 a 132 vuelto C1), providencia que se corrió mediante auto del 19 de junio de 2018, respecto del nombre del apoderado de la parte actora (Fl. 137).

Por auto del 24 de abril de 2018, se corrió traslado a la parte demandada de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos demandados (Fl. 26 C2).

El auto admisorio se notificó por correo electrónico de 16 de julio de 2018, a la entidad demandada y al Ministerio de Público, tal y como consta de folios 139 a 145, asimismo se procedió a realizar la notificación por aviso del tercero con interés (Fls. 146, 149, 166 y 167 C1).

Por auto del 5 de febrero de 2019, se negó la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante (Fls. 36 a 39 C2).

Mediante providencia de 5 de abril de 2019, se tuvo por contestada la demanda, se dispuso que el tercero con interés no efectuó pronunciamiento y se fijó fecha para la audiencia inicial (Fl. 169 C1).

La audiencia inicial se realizó el 20 de mayo de 2019, en la que se efectuó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se decretaron e incorporaron pruebas, se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (Fls. 176 a 179 C1).

Las partes presentaron en término los alegatos de conclusión (Fl. 208 C1)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

Precisó que operó la pérdida de la facultad sancionatoria de la entidad demandada, por cuanto los recursos de reposición y el subsidiario de apelación se presentaron el 8 de marzo de 2016, teniendo la Secretaria del Hábitat plazo máximo para decidir la apelación hasta el 8 de marzo de 2017, no obstante, el mismo se notificó hasta el 30 de marzo de 2017, por lo que se configuró el silencio administrativo positivo, asimismo reiteró los argumentos expuestos en la demanda respecto de los términos previstos para expedir el auto de apertura de la investigación y la derogatoria tácita del Acuerdo Distrital 20 de 1995 por lo que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda (Fls. 193 a 205)

Parte demandada

Bogotá D.C- Secretaría del Hábitat, solicitó negar las pretensiones de la demanda, advirtiendo que no se presenta la pérdida de la facultad sancionatoria por cuanto los recursos de reposición y apelación se resolvieron dentro del año siguiente a su interposición, esto es, antes del 27 de abril de 2017 y reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda (Fls. 183 a 192 C1).

Tercero con interés

No efectuó pronunciamiento

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir el caso sub examine.

2. Problemas jurídicos

De conformidad con los hechos y argumentos de la demanda y la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se configura la falta de competencia de Bogotá D.C. - Secretaría Distrital del Hábitat, por haberse notificado el acto administrativo que decidió el recurso de apelación fuera del término de 1 año que establece el artículo 52 del CPACA?

Resuelto lo anterior el Juzgado deberá determinar si por los cargos: i) Derogatoria tácita del Acuerdo Distrital 20 de 1995, ii) Ausencia de oportunidad para expedir auto de apertura de investigación, iii) Violación al debido proceso, iv) Confianza legítima, v) Ilegalidad de la multa impuesta, es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados o si por el contrario los mismos se encuentran ajustados a derecho.

Para decidir los problemas jurídicos, el Juzgado por efectos metodológicos decidirá en primer lugar el cargo relativo al silencio

administrativo positivo fundado en la configuración de la pérdida de la facultad sancionatoria y en caso de no encontrarse acreditado procederá al estudio de demás los cargos propuestos por la sociedad demandante.

3. Pérdida de la facultad sancionatoria

El artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece:

“CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver”.*

Con fundamento en lo anterior, las entidades administrativas siempre que adelanten investigaciones, conforme a la facultad sancionatoria, están sujetas a realizar el procedimiento, observando los principios de la función administrativa y así mismo, proferir las decisiones respectivas en los plazos indicados, esto es: i) **3 años para decidir** y ii) **1 año para resolver los recursos presentados, so pena de entenderse fallados a favor del recurrente.**

Atendiendo lo previsto en el artículo 52 en cita, las entidades administrativas siempre que adelanten investigaciones, conforme a la facultad sancionatoria, están sujetas a realizar el procedimiento, observando los principios de la función administrativa y así mismo, proferir las decisiones respectivas en los plazos indicados, esto es: i) 3 años para decidir y ii) 1 año para resolver los recursos presentados, so pena de entenderse fallados a favor del recurrente.

Para solucionar lo referente a la caducidad de la facultad sancionatoria, el juzgado atiende por utilidad conceptual lo expuesto

por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, en cuanto precisó que, dentro del referido plazo, se debe realizar la notificación del acto, así:

“(…)

En esa perspectiva para la Sala es claro que la obligación de decidir los recursos en el término de un (1) año previsto en el segundo aparte del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no se agota con la sola expedición formal del acto administrativo, sino que exige también que tal decisión sea efectivamente puesta en conocimiento del investigado dentro de ese término, toda vez que conforme al artículo 87 ibídem solo con la notificación, comunicación o publicación de los actos que resuelven los recursos se imprime firmeza a la decisión sancionatoria que resuelven una situación jurídica particular² y, en virtud del artículo 85 ídem para protocolizar el silencio administrativo positivo en los casos de no decisión oportuna de un recurso el gobernado debe efectuar una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

e) En consecuencia, la Sala advierte que hacer una interpretación en sentido contrario, como lo propone la Superintendencia de Industria y Comercio, implicaría: (i) desconocer el contenido y alcance sistemático de las disposiciones procedimentales administrativas a que se ha hecho referencia, (ii) restarle efecto útil a la prescripción del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, desatendiendo las consecuencias de la caducidad de la facultad sancionatoria y la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, (iii) desconocer al administrado su derecho a: i) obtener oportuna resolución de sus peticiones -en la modalidad de recursos-³, ii) beneficiarse de las consecuencias de los actos

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 2016. MP. Fredy Ibarra Martínez. Expediente: 11001-33-34-002-2015-00190-01.

² Al respecto, debe traerse a colación que en el XVI Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que tuvo ocasión los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010 en la ciudad de Cartagena, específicamente en la mesa de trabajo liderada por el Consejero de Estado Álvaro Namén Vargas, el entonces Magistrado y hoy Consejero de Estado, Carlos Enrique Moreno Rubio planteó la postura de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionada con la necesidad de abordar en el proyecto del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo la temática de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria en la resolución de los recursos contra los actos administrativos sancionadores y resolver la tricotomía interpretativa que se había planteado con las tres tesis del Consejo de Estado; oportunidad en la que al referirse al contenido y alcance de la palabra “decidir” se asimiló la misma al término de ejecutoria del acto administrativo, toda vez que antes de su notificación y ejecutoria no puede entenderse que la administración ha adoptado la decisión, como en efecto se incorporó al proyecto que fue llevado al Congreso de la República y aprobado en la Ley 1437 de 2011.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-181 del 22 de febrero de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

“Al respecto, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que si el derecho de petición tiene por objeto obtener una respuesta de fondo, clara, oportuna y congruente con lo pedido, los recursos ante la administración deben incluirse en el núcleo esencial del artículo 23 Superior. De tal forma que si la administración no tramita o no resuelve los recursos dentro de los términos

administrativos fictos positivos que la normatividad prevé en su favor; iii) la oportuna definición de su situación jurídica particular, (iv) atentar contra la seguridad jurídica, habida consideración que si para el administrado nace el derecho a protocolizar el silencio administrativo positivo en su favor a partir del día siguiente al transcurrir el término de un año previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, mal podría pensarse que después de agotado tal término (en cualquier momento) la autoridad administrativa podría sorprender al particular con la notificación de un acto que, aunque proferido dentro del periodo de un año, le es desfavorable a sus pretensiones y desconoce los efectos del silencio administrativo positivo..."

Agregó el Tribunal que la Corte Constitucional en la sentencia C-875 del 22 de noviembre de 2011 a través de la cual se declaró exequible el siguiente el aparte del inciso primero del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011: *"Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente"*, consideró que para esa Corporación:

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

De la norma y de los fallos en cita, se desprende que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador introdujo en su artículo 52 la figura del silencio administrativo positivo considerado ajustado a los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, pues, corresponde al Estado definir la situación jurídica de los administrados en tiempo, por lo que, ante la ausencia de respuesta de la administración en los tiempos establecidos por el legislador frente a un requerimiento específico del administrado, en este caso, la interposición de los recursos, se entienden resueltos a su favor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no es preciso, toda vez que no especificó si resolver los recursos supone ponerlo en conocimiento, es del caso citar el inciso primero del artículo 86 de dicho código, el cual establece:

señalados legalmente, vulnera el derecho de petición del administrado y, por lo tanto, legitima al solicitante para presentar la respectiva acción de tutela para salvaguardar su derecho fundamental".

“(…) Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación **sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos**, se entenderá que la decisión es negativa (…)” (Negrilla fuera de texto original).

De la norma transcrita, es claro que el silencio administrativo frente a los recursos se configura una vez vencido el término establecido para su resolución, **sin que se haya notificado la decisión expresa sobre ellos**. Luego, comoquiera que la norma estableció la figura del silencio administrativo respecto de los recursos de manera general, sin especificar si se trata de los efectos positivos o negativos, de una interpretación sistemática de los artículos 52 y 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se desprende que para la resolución de los recursos en sede administrativa el silencio administrativo positivo contemplado en el mencionado artículo 52 opera cuando los actos no han sido emitidos y notificados dentro del término consagrado para tal efecto, es decir, el de un (1) año para ejecutar las acciones antedichas.

Así, respecto al momento de la configuración del silencio administrativo, el Consejo de Estado estableció⁴:

“(…) Por otra parte, el silencio de la Administración puede tener efectos estimatorios, es decir, únicamente en los casos en los cuales las disposiciones especiales así lo indiquen, **luego de transcurrido el plazo para expedir una decisión, sin que se hubiere notificado decisión alguna**, ese silencio de la autoridad equivale a una decisión positiva, esto es como si la Administración hubiere accedido a la petición del administrado, es lo que se conoce como silencio administrativo positivo. Según la doctrina, **la finalidad o fundamento del silencio administrativo positivo, consiste en evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que a toda persona le asiste el derecho de que las solicitudes sean resueltas en forma oportuna**. Asimismo, se ha dicho que la finalidad intrínseca de esta figura dice relación con dar agilidad administrativa a determinados sectores (…)” (Destaca el Despacho).

En el mismo sentido, la misma corporación sostuvo:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 12 de mayo de 2010, Radicado 25000-23-26-000-2009-00077-01 (37446), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

*“(...) Ahora bien: **tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad**, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y **en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo (...)**”⁵ (Destaca el Despacho).*

De ahí que, se precisa, para el caso del artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el término para resolver los recursos y notificar la decisión expresa es de un (1) año contado a partir de la interposición y, la consecuencia jurídica, es la pérdida de competencia, por lo que se entenderán fallados a favor del recurrente.

En el expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- Por Auto 2411 del 12 de noviembre de 2014, (Fls. 28 a 33 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1), el subdirector de Investigaciones y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital de Hábitat abrió investigación de carácter administrativo contra la sociedad APIROS S.A.S.
- El subdirector de Investigaciones y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital de Hábitat (Fls. 84 a 103 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1), mediante la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016, resolvió imponer sanción a la sociedad APIROS S.A.S., identificada con Nit 800.240.724-5 una sanción pecuniaria por la suma de \$5.291.036 y la requirió para que dentro de los 3 meses siguientes adelantará las obligaciones de hacer relativas a solucionar goteras en los techos de apartamentos, conforme a los informes técnicos de 27 de junio, 3 de noviembre de 2015 y 21 de septiembre de 2015, entre otras.
- El 28 de abril de 2016, el representante legal de la sociedad APIROS S.A.S., interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016 (Fls. 110 a 119 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1).
- La subdirectora de Investigaciones y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital de Hábitat (Fls. 138 a 167 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1), a través de la Resolución 1377 del 26 de mayo de 2016, dispuso no reponer

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia del 14 de marzo de 2002, Radicado 25000-23-27-000-2001-0540-01 (ACU-1250), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016. La notificación por aviso de la referida resolución se realizó el 20 de septiembre de 2016 (Fls. 171 y 172 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1).

- La Subsecretaria de Inspección, Vigilancia y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital del Hábitat a través de la Resolución 287 del 27 de marzo de 2017, (Fls. 174 a 194 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1), confirmó la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016.
- El 28 de abril de 2017, la subdirectora de Investigaciones y Control de Vivienda de la Secretaría Distrital de Hacienda, remitió a la sociedad APIROS S.A.S., el Aviso de Notificación de la Resolución 287 del 27 de marzo de 2017 (Fls. 174 a 194 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1),
- A folio 203 del Exp Adm. CD., Fl. 164 C1 obra recibido del referido aviso el 4 de mayo de 2017.

En este punto, el Juzgado advierte que el artículo 69 del CPACA, establece que cuando la notificación se realice por aviso, la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

De tal manera que si el aviso por medio del cual se pretendía notificar la Resolución 287 del 27 de marzo de 2017, fue recibido por la sociedad APIROS S.A.S., el 4 de mayo de 2017, la notificación de la referida resolución ocurrió el **5 de mayo de 2017** por virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del CPACA.

Así las cosas, si los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 440 del 9 de marzo de 2016, se interpusieron el **28 de abril de 2016** (Fls. 110 a 119 Exp Adm. CD., Fl. 164 C1), la Bogotá D.C- Secretaria del Hábitat debía **expedir y notificar** los actos que resolvieran los recursos a más tardar el **28 de abril de 2017**, sin embargo, solo hasta el **5 de mayo de 2016** (Fl. 203 del Exp Adm. CD., Fl. 164 C1 69) se notificó la sociedad la Resolución 287 del 27 de marzo de 2017.

En consecuencia, operó la caducidad de la facultad sancionatoria de Bogotá D.C.- Secretaria Distrital del Hábitat, del proceso administrativo sancionatorio adelantado contra la sociedad demandante, por lo que se encuentra demostrado el cargo de la configuración del silencio administrativo positivo, por lo tanto, prosperan las pretensiones respecto

de la nulidad de las Resolución 440 del 9 marzo de 2016, 1377 del 26 de mayo de 2016 y 287 del 27 de marzo de 2017, expedidas por Bogotá D.C. – Secretaria Distrital de Hábitat, por haber desconocido lo previsto en el artículo 52 del CPACA, respecto del término de 1 año para decidir y notificar los recursos interpuestos por la sociedad demandante en contra el acto sancionatorio.

Ahora bien, los efectos de la nulidad de los actos acusados y la declaratoria de la pérdida de la facultad sancionatoria conllevan a determinar que la demandante no está obligada a cancelar valor alguno por tal concepto ni a ejecutar las obras allí ordenas.

Ante la prosperidad del cargo de nulidad antes analizado, el Juzgado se releva de realizar el estudio de los demás cargos formulados por la sociedad demandante⁶.

Por otra parte, el Juzgado negará el reconocimiento de perjuicios, como quiera que la sociedad demandante ninguna prueba allegó para acreditarlos incumpliendo con lo previstos en el artículo 167 del CGP.

CONDENA EN COSTAS

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandada.

RENUNCIA DE PODER

El apoderado de la demandada (FL.206-207) allega renuncia de poder con constancia de comunicación de la misma a la entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del CGP.

⁶ El Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos entre los que se destacan las Sentencias del 31 de mayo de 2012 (Sección Cuarta, Rad. 25000-23-27-000-2007-00232-01(18227) Actor: Rafael Alberto Galvis Chaves Demandado: Distrito Capital de Bogotá. M.P. William Giraldo Giraldo) y 6 de abril de 2011 (Sección Tercera Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483) Actor: Karina Cabrera Donado. Demandado: Municipio de Chima-Córdoba) ante la acreditación de uno de los cargos que conlleva a la nulidad del acto se releva del estudio de los demás cargos formulados.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 440 del 9 marzo de 2016, 1377 del 26 de mayo de 2016 y 287 del 27 de marzo de 2017, expedidas por Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Hábitat, por haberse configurado la caducidad de la facultad sancionatoria, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se DECLARA, que la sociedad APIROS S.A.S, no está obligada a cancelar valor alguno a favor de Bogotá D.C.- Secretaría Distrital del Hábitat ni a la ejecución de las obras previstas en los actos administrativos respecto de los cuales se declara la nulidad.

TERCERO. NEGAR el reconocimiento de perjuicios, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso

QUINTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

SEXTO. Aceptar la renuncia del abogado Jhon Jairo Barinas Puentes, como apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ERICSON SUESCUN LEÓN

Juez