

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 11001-3334-003-2018-00386-00
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la empresa Colombia Telecomunicaciones 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:

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

Se declare la nulidad de la Resolución 37011 del 27 de junio de 2017, por medio de la cual se impuso sanción pecuniaria en cuantía de \$77.460.285, así como de las resoluciones 2515 del 31 de enero de 2018 y 35081 del 23 de mayo del mismo año, por medio de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente los recursos de reposición y apelación contra el referido acto sancionatorio, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., el valor de la multa impuesta en los actos demandado, debidamente indexados.

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

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

1.- La Superintendencia de Industria y Comercio, inició investigación administrativa en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., con ocasión de la queja presentada por la señora Ángela Gálvez el día 03 de octubre de 2014.

2.- En razón a lo anterior, la demandada dio apertura formal a la investigación administrativa mediante formulación de cargos.

3.- Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. rindió los respectivos descargos.

4.- Mediante Resolución 37011 de 2017, la entidad demandada decidió sancionar a la demandante por el presunto incumplimiento al Régimen de Protección a los Derechos de los usuarios de servicios de Telecomunicaciones.

5.- Dentro de la oportunidad correspondiente, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el referido acto administrativo.

6.- Por medio de la Resolución 5215 de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación.

7.- Mediante Resolución 3508 de 2018, la entidad demandada resolvió el recurso de apelación confirmando en su integridad el acto administrativo sancionatorio.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados incurren en los siguientes cargos de nulidad:

1.4.1 Falta de motivación de los actos administrativos – inexistencia de infracción

Expone que, la Superintendencia de Industria y Comercio no probó el incumplimiento al artículo 53 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, como tampoco los literales g) y h) del artículo 10.1 y el artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, puesto que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., a través de la decisión CUN 4433140005941079 del 14 de julio de 2014, atendió de manera íntegra la favorabilidad de la usuaria Ángela Gálvez informando sobre la desactivación de los servicios de mensajería premium desde el 10 de junio del mismo año, y que se realizaría una recarga por valor de \$50.000 IVA incluido.

Señala que dichos soportes fueron entregados a la demandada desde los descargos, pero no fueron valorados en los actos administrativos acusados; y que, en todo caso, no existe relación de causalidad entre las normas presuntamente incumplidas y los hechos que los fundamentan, pues la petición de la usuaria no se refería de manera alguna a la favorabilidad.

1.4.2 Transgresión al debido proceso

1.4.2.1 Indebida determinación y tasación de la sanción

Sostiene la parte actora que la tasación del valor de la multa debe ser racional y proporcional con los elementos de cada caso, y de conformidad con todos los criterios definidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, no obstante, la Superintendencia demandada determinó la sanción con la simple afirmación de la transgresión, sin acudir a un sustento fáctico y jurídico.

Así, indica que la sustentación jurídica en la cual se apoyó la SIC, no se encuentra determinada y especificada en los términos que ordena la norma, y refiere que, en el derecho administrativo sancionatorio, se encuentra restringida

la aplicación de normas en blanco y en ese sentido solo sería aplicable en aquellos casos estrictamente necesarios.

Advierte que, en el presente caso se evidencia la ligereza con que la demandada impuso sanción y la omisión en cuanto a la valoración de los criterios referidos, dado que, en el acto sancionatorio solo se hizo alusión a la gravedad de la falta y se omitió la valoración de los demás criterios.

1.4.2.2 Indebido ejercicio de la potestad sancionatoria – principio de tipicidad, legalidad y proporcionalidad

Considera que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció las funciones conferidas en cuanto a la tipicidad y proporcionalidad con que debió imponer la sanción que se demanda, pues en los actos administrativos no indicó como se comprobó la existencia de los hechos para luego calificarlos como infractores, y por ende encontrar ajustada a derecho la decisión tomada.

Señala que el comportamiento de la Superintendencia demandada desdibuja el cabal ejercicio de la potestad sancionadora, pues vulneró lo preceptuado en el artículo 44 del CPACA al ejercer su poder discrecional sin tener en cuenta ninguno de los límites que las disposiciones legales le fijaron, así como contrariando la razonabilidad por cuanto la sanción no responde a una finalidad concreta. Así, considera que la sanción se impuso por un hecho que no representó daño alguno para los usuarios.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1 Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de su apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto afirma que los cargos de nulidad expuestos en la demanda, carecen de soporte jurídico y probatorio.

Frente a la aludida falta de motivación, sostiene que la conducta objeto de reproche no sólo tiene sustento jurídico en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, y en los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, sino también sustento fáctico, pues pese a que en la decisión del 14 de julio de 2014 se reconoció un derecho en favor de la usuaria, no se logró acreditar su cumplimiento integral.

Por otro lado, señala que no existió violación al debido proceso en la actuación administrativa pues tanto la facultad de imponer sanción como la tasación de la misma, encuentran soporte jurídico en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, los cuales fueron debidamente acatados, pues se demostró no sólo la transgresión a las normas enunciadas en párrafo anterior, sino que además se acreditaron los criterios de gravedad y reincidencia en la conducta infractora.

En cuanto a la dosimetría de la sanción aseguró que, la misma se dio dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta y los límites que la Ley le impone, atendiendo los criterios ya señalados y a los principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al caso concreto.

1.5.2 Tercero con interés

Como se reseñará más adelante, la señora Ángela Gálvez, quien fue vinculada al presente medio de control como tercero con interés, no efectuó pronunciamiento en esta, ni en ninguna otra etapa del proceso.

1.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Juzgado el 31 de octubre de 2018¹. Por auto del 11 de enero de 2019 se admitió², y la notificación a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se surtió el 12 de febrero de 2019³, mientras que la notificación al tercero con interés señora Ángela Gálvez se surtió por aviso el 15 de mayo del mismo año⁴.

Mediante auto del 06 de diciembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se declaró que el tercero con interés no efectuó pronunciamiento y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial⁵.

La mencionada audiencia se llevó a cabo el 10 de febrero de 2020, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se efectuó pronunciamiento respecto a no encontrarse fundamento para decretar de oficio ninguna excepción previa, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se profirió auto de decreto de pruebas incorporando las documentales aportadas por las partes, se cerró el debate probatorio, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar por escrito⁶.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión⁷. Sin concepto del Ministerio Público y sin pronunciamiento del tercero con interés⁸.

1.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.7.1 Parte demandante⁹

La apoderada sustituta de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y señaló que no se pudo sancionar a su representada por la presunta transgresión a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, pues esta se trata de una norma en blanco, respecto de la cual no puede inferirse imputación alguna.

1.7.2 Parte demandada¹⁰

¹ Folio 74, Cuaderno principal.

² Folios 76 y 77, Cuaderno principal.

³ Folios 84 a 87, 89 a 91 y 93 a 97, Cuaderno principal.

⁴ Folios 92 y 117 a 121, Cuaderno principal.

⁵ Folio 123, Cuaderno principal.

⁶ Folios 125 a 132, Cuaderno principal.

⁷ Folios 133 a 140 y 141 a 146, Cuaderno principal.

⁸ Folio 227, Cuaderno 2.

⁹ Folios 214 a 226, Cuaderno 2.

¹⁰ Folios 201 a 213, Cuaderno 2.

La apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio insistió en la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y expuso que el soporte con el cual la demandante pretende desvirtuar la correcta motivación de los actos acusados, no evidencia de manera alguna la favorabilidad otorgada a la usuaria, pues en ella no se puede corroborar en que consistió la supuesta desactivación ni respecto de que servicios se dio, más aun si se tiene en cuenta que el 04 de julio de 2014, es decir con posterioridad al alegado cumplimiento, la señora Gálvez reiteró ante el proveedor de servicios su inconformidad sobre dicho aspecto.

1.7.3 Tercero con interés

Como se señaló previamente, la señora Ángela Gálvez no presentó actuación alguna en esta etapa del proceso.

2 CONSIDERACIONES

2.1 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, por hechos sancionados ocurridos en la ciudad de Bogotá.

2.2 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 37011 del 27 de junio de 2017, 5215 del 31 de enero de 2018 y 35081 del 23 de mayo del mismo año, por medio de las cuales se sancionó a la demandante, o si por el contrario las mismas se encuentran ajustadas a derecho como lo expone la Superintendencia demandada.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada en el presente proceso, el problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos acusados adolecen o no de nulidad por falta de motivación y/o violación al debido proceso, al haberse proferido sin probar la existencia de la infracción imputada, indebida tipificación, inobservancia de los criterios legales para la definición de la sanción y violación al principio de proporcionalidad.

2.4 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

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 03 de octubre de 2014, mediante radicado 14-219653-00000-0000, la señora Ángela Gálvez presentó queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual alude que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., **pese a que reconoció favorabilidad** en relación con una reclamación instaurada por el cobro de servicios adicionales con cargo a su línea móvil; lo cierto fue que **no logró tener constancia de la cancelación de dichos servicios y el valor reconocido como reembolso no correspondía con lo pagado por los cargos descritos y no autorizados por el titular**¹¹.
- Dentro de las pruebas aportadas por la señora Ángela Gálvez en la referida queja, se encontró:

Reclamación presentada el 22 de mayo de 2014, con radicado CUN4433140004677048, en la cual la señora Gálvez solicita a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. la cancelación y devolución de servicios adicionales activados y cobrados sin autorización, a la línea móvil prepago de la cual era titular; cobros que durante dos meses ascendieron a la suma de \$105.000 cada uno¹².

Comunicación de fecha 10 de junio de 2014, por medio de la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. informó los movimientos registrados en cuanto a mensajería premium reconociendo únicamente la devolución a través de recarga por la suma de \$14.840, correspondiente a los servicios respecto de los cuales afirmó, no fue posible recuperar la prueba de entrega al prestador¹³.

Reclamación del 04 de julio de 2014, radicación CUN4433140005941079, a través de la cual la usuaria manifiesta su inconformidad respecto a la respuesta emitida el 10 de junio y reitera su solicitud de retiro inmediato de servicios no autorizados y el reembolso de la suma pagada por dichos conceptos¹⁴.

Comunicación CUN4433140005400102 del 07 de julio de 2014, mediante la cual, la empresa hoy demandante, le informa a la señora Ángela Gálvez que por encontrarse su línea telefónica asociada a un plan prepago, no existe registro de facturas distinta a la de la venta de la Simcard¹⁵.

- Mediante oficio 14-219653-1-0 del 27 de febrero de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio puso en conocimiento de

¹¹ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 4 a 7 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653__00.pdf, páginas 1 a 6.

¹² Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 17 a 35 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653__00.pdf, páginas 15 a 33.

¹³ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 15 a 16 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653__00.pdf, páginas 13 y 14.

¹⁴ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, página 12 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653__00.pdf, página 10.

¹⁵ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, página 11 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653__00.pdf, página 9.

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la queja antes descrita y solicitó allegara copia de los soportes documentales concernientes a las peticiones, quejas o recursos, respuestas y constancias de notificación empresariales relacionadas con el asunto¹⁶.

- A través del radicado 14-219653-00002-0000 del 24 de marzo de 2015, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. remitió los documentos requeridos por la SIC¹⁷. Entre ellos, la hoy demandante remitió:
- Comunicación del 14 de julio de 2014, mediante la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. resuelve la inconformidad radicada por la usuaria con el CUN 4433140005941079 del 04 de julio del mismo año, la cual fue tramitada como recurso de reposición y en subsidio apelación, en los siguientes términos:

*"Ahora bien, por una gestión de servicios al cliente y con el fin de superar los inconvenientes presentados, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., **procede a realizar una recarga a su favor por valor de cincuenta mil pesos (\$50.000) IVA incluido bajo su línea 3185767170, correspondiente al cobro de SMS Premium (objeto de reclamo).***

*De igual manera, le notificamos que **se ha procedido a realizar la desactivación del servicio de mensajes Premium, con el fin de que no se le genere nuevamente cobros por este concepto**, es de aclarar, que en cualquier momento este servicio puede ser activado desde su línea, teniendo en cuenta que los mensajes Premium, es un servicio interactivo.*

(...)

*Aclaremos que la información sobre los consumos de mensajería Premium no fue posible recopilarla por medio magnético, **razón por la cual se procede a dar favorabilidad al recurso de reposición.** (...) por lo que se revoca la respuesta de fecha 10 de junio de 2014.*

*Teniendo en cuenta que sus pretensiones fueron acogidas de manera favorable contra esta decisión no proceden recursos. Una vez cumplida la notificación se procede al cierre del mismo"*¹⁸. (Negrillas del Despacho)

- Mediante Resolución 100353 del 23 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa mediante formulación de cargos contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, de la siguiente manera:

"8.1 Imputación Fáctica: *Presunta no atención efectiva, integral y definitiva a la queja del (la) usuario(a) conforme a lo anunciado a su favor mediante la decisión empresarial identificada con el radicado CUN: 4433140005941079 del 14 de julio de 2014, lo que conlleva el incumplimiento de la favorabilidad otorgada.*

8.2 Imputación jurídica: *Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho*

¹⁶ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 2 a 3 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_01.pdf.

¹⁷ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 36 Y 37 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_02.pdf, páginas 1 y 2.

¹⁸ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 85 a 86 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_02.pdf, páginas 50 y 51.

evidencia que la Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P, con la conducta antes descrita, presuntamente habría transgredido lo establecido en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g y h del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009."¹⁹. (Negritas del texto original, subrayas del Juzgado)

- A través de memorial radicado 14-219653-00007-0000 del 26 de enero de 2016, la apoderada de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., presentó descargos contra la referida resolución, alegando que la favorabilidad otorgada al usuario había sido totalmente cumplida, y que pese a que la compañía no estaba en la obligación de reconocer ajuste alguno en favor de la usuaria pues los consumos reclamados son de su exclusiva responsabilidad, con el fin de superar su molestia se reconoció una suma simbólica (\$50.000) por dichos conceptos²⁰.
- Mediante Resolución 29071 del 19 de mayo de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas dentro de la investigación administrativa, incorporando las documentales aportadas tanto por el quejoso como por la empresa investigada, y de oficio requirió a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. para que allegara registro y/o CDR de todos los consumos de servicios adicionales reflejados en la línea móvil de la usuaria, en especial, del primer semestre de 2014, y registro y/o soporte en el cual se refleje el valor descontado y/o cobrado mensualmente por dicho concepto²¹.
- El 08 de junio de 2016, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., radico memorial 14-219653-00012-0000, a través del cual aportó soporte de los consumos certificados por su proveedor Onmobil Global Ltda²².
- Mediante Resolución 37011 del 27 de junio de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., sanción pecuniaria por la suma de \$77.460.285, equivalente a 105 SMLMV y ordenó a la sancionada que en el término de diez (10) días hábiles procediera a desactivar el servicio de mensajería Premium de la línea móvil de la usuaria, informada mediante decisión empresarial CUN 44331400059541079 del 14 de julio de 2014. Las razones que expuso la Superintendencia fueron las siguientes:

"OCTAVO: CONSIDERACIONES

8.1 Respecto de la trasgresión (sic) a lo previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009

(...)

¹⁹ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 96 a 99 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_06.pdf.

²⁰ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 100 a 104 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_07.pdf

²¹ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 117 a 119.

²² Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 106 a 111 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_12.pdf.

Para concluir, es preciso reiterar y recordar a la investigada que esta Entidad es el órgano de inspección control y vigilancia del Régimen de Protección al Consumidor, es decir tiene la función de velar por el interés general en materia de Derecho del Consumidor, ubicándose dentro de dicha órbita los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones de acuerdo a las disposiciones legales vistas, motivo por el cual y de acuerdo a los numerales anteriormente transcritos, debe decidir y tramitar las investigaciones sobre presuntas infracciones al régimen de protección de los mismos, tal como lo establece el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, la omisión al deber de adoptar las medidas tendientes a dar cumplimiento a las decisiones anunciadas a favor de los usuarios en respuesta a sus peticiones, quejas y recursos, constituye una omisión a su deber de otorgar una atención integral y efectiva a los usuarios, lo cual implica un desconocimiento al ordenamiento legal en materia de servicios de comunicaciones.

8.2 Sobre la transgresión a lo previsto en el numeral 6 del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, a los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011 – caso concreto. (...)

En ese sentido, debe precisarse que la atención integral, cuando la respuesta adoptada de manera oportuna y de fondo es favorable a las pretensiones del usuario, impone al proveedor el deber de llevar a cabo todas las medidas tendientes a materializar su determinación, so pena de resultar ilusoria e incierta para el consumidor la efectividad de sus derechos, al poder ver defraudadas sus expectativas de haber obtenido una solución definitiva a sus solicitudes; asimismo, a que esa materialización se haga en el término señalado en la decisión empresarial, o en su defecto en un término prudencial. (...)

Concluido lo anterior, corresponde a esta Dirección evaluar, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, si el proveedor hizo efectivo, o en otras palabras, materializó lo enunciado a favor de la quejosa mediante decisión empresarial identificada con CUN 443314000591079 del 14 de julio de 2014. (...)

(ii) Que para el 3 de octubre de 2014, fecha en la cual la usuaria presentó la denuncia ante esta Superintendencia, el proveedor había efectuado la recarga efectiva por valor de \$50.000 como consta en el pantallazo obrante al reverso del folio 73.

(iii) Que el proveedor no aporta a la actuación evidencias físicas que acrediten la desactivación efectiva del servicio de mensajería Premium, de conformidad con lo informado en la decisión empresarial del 14 de julio de 2014 identificada con el CUN 443314000591079.

En este orden de ideas, concluye esta Dirección que la favorabilidad comunicada en la decisión empresarial identificada con CUN 443314000591079 del 14 de julio de 2014 sólo fue materializada de manera parcial, toda vez que se acreditó la recarga por valor de \$50.000 pesos, mas no la desactivación del servicio de mensajería Premium. (...)

NOVENO: DOSIMETRÍA SANCIONATORIA (...)

Por lo tanto, la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente atribuida, es de carácter discrecional pero no absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos. En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, coma el de gravedad

de la falta, que en materia de servicios de comunicaciones se encuentra contenido en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009. (...)

Así, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra investida esta Superintendencia, se realiza la dosimetría de la sanción en atención a los extremos máximos y mínimos de la norma y a los criterios de dosimetría que se exponen a continuación.

9.1 Gravedad de la falta

Por lo tanto, en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el cual se estableció como criterio para la definición de las sanciones, la gravedad de la falta, este Despacho concluye, una vez evaluada la conducta objeto de reproche al proveedor, la gravedad de la misma es de tal entidad que implica un desconocimiento al derecho otorgado al usuario en virtud de la favorabilidad concedida dentro de la relación contractual, inobservando el principio que la rige, esto es, el de buena fe consagrado en el artículo 5 del Régimen de Protección Integral de los derechos de los usuarios de Comunicaciones (...)

9.2. Reincidencia (...)

Es pertinente indicar que el criterio de la reincidencia en las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, debe medirse a la luz de la injustificada repetición de la conducta antijurídica del proveedor que ya se tiene como consumada, y por ende, da lugar a la necesidad de imponer una sanción mayor; está de más decir, que la sanción debe encontrarse dentro de los rangos previstos en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009. (...)

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que la investigada ha sido reincidente en su conducta, la cual ha sido objeto de sanción en fallos emitidos por este Ente, tal como se evidencia en las investigaciones administrativas adelantadas bajo los números de radicado 12-8489 y 12-64522, esta Dirección considera imperioso imponer una sanción ejemplar, que no solo permita dimensionar la gravedad de la conducta por la misma, sino que genere un reproche por la reiterada tendencia a vulnerar el Régimen de Protección de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

Para el presente asunto, implicará un aumento de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, al monto de la multa a imponer."²³. (Mayúscula sostenida y negrillas del texto original, subrayas del Juzgado)

- La referida resolución fue notificada por aviso a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., el 10 de julio de 2017²⁴.
- A través de oficio radicado el 25 de julio de 2017, con el número 14-219653-00022-0000, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el referido acto administrativo sancionatorio, bajo los supuestos de inexistencia infracción, cumplimiento a la favorabilidad de la usuaria, y carencia de criterios para

²³ Folios 41 a 51 y 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 157 a 167 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 114_0219653_21.pdf.

²⁴ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 151 a 156.

la determinación de la sanción²⁵.

- Mediante Resolución 5215 del 31 de enero de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente el recurso de reposición, para lo cual se pronunció respecto a cada uno de los argumentos de defensa expuestos por la hoy demandante, reiterando las razones que determinaron la existencia de la infracción, así como señaló que el soporte con el cual la investigada pretendía demostrar el cumplimiento total a la favorabilidad reconocida a la usuaria, no comportaba prueba de ello, por cuanto allí, no se evidencia en que consistió la desactivación ni respecto de que servicios, y en todo caso porque dicho registro tenía fecha anterior a la inconformidad y queja presentada por la denunciante²⁶.
- A través de la Resolución 35081 del 23 de mayo de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución 37011 del 27 de junio de 2017, para lo cual señaló:

"Así entonces, en aras de corroborar el cumplimiento de lo enunciado mediante la citada decisión empresarial, este Despacho al realizar una nueva revisión de los soportes allegados al plenario, encontró soporte del sistema comercial de la sociedad investigada, en la cual aparecen dos avisos con la siguiente información: "Línea objeto de la desactivación Ángela Gálvez" y "Fecha de la desactivación", no obstante, dicho pantallazo no permite evidenciar cual fue el procedimiento efectuado en relación con la línea 3185767170, pues los códigos allí registrados, no dan cuenta de que en efecto se haya realizado la cancelación del servicio de "Mensajería Premium".

(...)

Lo que no resulta aceptable es una interpretación de las normas en el sentido que propone la recurrente, esto es, que las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 solamente serán aplicables a las infracciones tipificadas en el artículo 64 de la misma normativa y no a las demás infracciones en que incurran los proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Esto, por cuanto adoptar esta interpretación es tanto como negar efectos jurídicos a las normas que tipifican dichas infracciones, pues ninguna consecuencia en derecho produciría vulnerarlas.

(...)

Ahora bien, en cuanto a lo argumentado por el recurrente en el sentido que en el acto administrativo mediante el cual se impone la sanción se debe incluir la valoración de todos los criterios anotados en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, esta instancia advierte, que entendida la norma de la forma en la que pretende se aplique el recurrente, se generaría una traba injustificada para la administración, pues implicaría encontrar en todos los supuestos que se expongan bajo su escrutinio, el listado de criterios que la norma establece, lo que haría nugatorio a la postre el poder coercitivo que descansa en manos de la

²⁵ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 131 a 150 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_22.pdf.

²⁶ Folios 52 a 60 y 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 168 a 176 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14219653-0003300002.pdf -.

administración, en el evento que uno de los criterios no se haga verificable (...)²⁷.
(Subraya el Juzgado)

- El anterior acto administrativo fue notificado por aviso a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. el 01 de junio de 2018²⁸.
- A través de oficio 14-219653-00045-0000 del **21 de junio de 2018**, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. dio cumplimiento a la orden administrativa dada en las resoluciones hoy demandadas, informando y aportando sólo hasta ese momento la constancia de desactivación de mensajería de contenido comercial en la línea de telefonía móvil a nombre de la señora Ángela Gálvez; registro de fecha 16 de julio de 2014²⁹.

Establecido lo probado en el proceso, el juzgado procede a estudiar cada uno de los cargos formulados por la demandante como seguidamente se expone.

2.5 CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

2.5.1. Falta de motivación de los actos administrativos – inexistencia de infracción. Transgresión al debido proceso – principio de tipicidad y legalidad

Expone la parte actora que la Superintendencia de Industria y Comercio no probó el incumplimiento al artículo 53 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, como tampoco los literales g) y h) del artículo 10.1 y el artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, puesto que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., a través de la decisión CUN 4433140005941079 del 14 de julio de 2014, atendió de manera íntegra la favorabilidad de la usuaria Ángela Gálvez informando sobre la desactivación de los servicios de mensajería premium desde el 10 de junio del mismo año, y que se realizaría una recarga por valor de \$50.000 IVA incluido.

Señala que dichos soportes fueron entregados a la demandada desde los descargos, pero no fueron valorados en los actos administrativos acusados; y que, en todo caso, no existe relación de causalidad entre las normas presuntamente incumplidas y los hechos que los fundamentan, pues la petición de la usuaria no se refería de manera alguna a la favorabilidad.

Por otro lado, indica que la sustentación jurídica en la cual se apoyó la SIC, no se encuentra determinada y especificada en los términos que ordena la norma, y refiere que, en el derecho administrativo sancionatorio, se encuentra restringida la aplicación de normas en blanco y en ese sentido solo sería aplicable en aquellos casos estrictamente necesarios. Así, señala que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció las funciones conferidas en cuanto a la tipicidad con que debió imponer la sanción que se demanda, pues en los actos administrativos no indicó como se comprobó la existencia de

²⁷ Folios 61 a 70 y 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653, archivo 14219653-0004200002.pdf -.

²⁸ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653, archivo 14219653-0004400001.pdf -.

²⁹ Folio 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, archivo COPIA EXPEDIENTE FÍSICO 14-219653.pdf, páginas 177 a 183 y Carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14219653-0004500001.pdf.

los hechos para luego calificarlos como infractores, y por ende encontrar ajustada a derecho la decisión tomada.

2.5.1.1 Análisis del Juzgado

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará conjuntamente dichos cargos de la demanda.

En primer término el Despacho precisa que de la lectura de los actos administrativos demandados, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio se remite a las facultades que le otorga la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción, y encuadra claramente la conducta desplegada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. con lo establecido en los numerales 6 y 12 de los artículos 53 y 64 de la Ley 1341 de 2009, respectivamente, así como los literales g) y h) del numeral 10.1 del artículo 10 y artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Nótese que incluso desde la Resolución 100353 del 23 de diciembre de 2015, por medio de la cual se inició la investigación administrativa y se formularon cargos, la SIC efectuó de manera clara la imputación fáctica y jurídica endilgada a la hoy demandante; la primera relativa a la presunta no atención efectiva, integral y definitiva a la queja de la usuaria Ángela Gálvez, conforme a lo anunciado a su favor mediante la decisión empresarial identificada con el radicado CUN4433140005941079 del 14 de julio de 2014, lo que conllevaría el incumplimiento de la favorabilidad otorgada; y la segunda a la presunta transgresión de la normas antes enunciadas.

Ahora bien, para desatar el cargo propuesto en cuanto a la supuesta falta de tipificación y desconocimiento del principio de legalidad, respecto a la conducta por la cual fue sancionada la demandante, es necesario en primer lugar enunciar en qué consisten los principios de legalidad y tipicidad. Al Respecto el Consejo de Estado³⁰ ha señalado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, en cuando al principio del legalidad, la Constitución Política colombiana, en su artículo 29, inciso 2° expresa:

«Artículo 29. (...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.»

Es decir que, de acuerdo con la Carta, no puede existir una sanción en la medida en que no exista una conducta que establezca la legalidad o ilegalidad de la actuación realizada.

(...)

Es así cómo, se evidencia que para que una conducta pueda acarrear una consecuencia, ya sea multa o sanción, debe existir una exigencia de que la conducta por la cual se está imponiendo dicha consecuencia, existiere al momento de su realización.

³⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del 11 de mayo de 2017, Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00871-02(4798-14)

En cuanto a la tipicidad de la conducta, esta ha sido definida como:

*«(...) 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. »³¹*

Más recientemente se ha manifestado el Tribunal Constitucional sobre el principio de tipicidad, en el sentido que éste es:

«“(...) la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.»³²” (Resalta el Despacho)

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

Bajo dicho contexto, se debe traer a colación el contenido de las normas que fundamentaron los actos administrativos aquí acusados, así:

Ley 1341 de 2009

“ARTÍCULO 53. RÉGIMEN JURÍDICO. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.

En todo caso, es de la esencia de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones el derecho del usuario a presentar peticiones y/o reclamaciones sobre el servicio ofrecido, y a que estas sean atendidas y resueltas de manera oportuna, expedita y sustentada. De la misma forma, el derecho a recibir atención de forma eficiente y adecuada en concordancia con los parámetros que defina la CRC.

Se reconocerán, al menos, los siguientes derechos a los usuarios: (...)

6. Obtener respuesta efectiva a las solicitudes realizadas al proveedor, las cuales podrán ser presentadas a través de cualquier medio idóneo de elección del usuario, aprobado por la CRC. (...)”

³¹ Ct. Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo

³² Ct. Ibídem

"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. (...)" (Resalta el Despacho)

Resolución CRC 3066 de 2011

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

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

(...)

g. Ser atendido por parte de su proveedor ágilmente y con calidad, cuando así lo requiera, a través de las oficinas físicas de atención, oficinas virtuales (página Web y red social) y la línea gratuita de atención al usuario.

h. Presentar fácilmente y sin requisitos innecesarios peticiones, quejas o recursos en las oficinas físicas, oficinas virtuales (página Web y red social) y la línea gratuita de atención al usuario y, además, a recibir atención integral y respuesta oportuna ante cualquier clase de solicitud que presente al proveedor."

"Artículo 39. Derecho de Peticiones, Quejas y Recursos. Los usuarios de servicios de comunicaciones tienen derecho a presentar peticiones, quejas y recursos –PQR- ante los proveedores, en forma verbal o escrita, mediante los medios tecnológicos o electrónicos asociados a los mecanismos obligatorios de atención al usuario dispuestos en el presente Capítulo. Por su parte, los proveedores tienen la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las PQRs que les presenten sus usuarios.

Los proveedores deben informar a los usuarios en el texto del contrato sobre su derecho a presentar PQRs, aclarando en forma expresa que la presentación y trámite de las mismas no requiere de presentación personal ni de intervención de abogado, aunque el usuario autorice a otra persona para que presente una PQR.

Las peticiones, quejas y recursos de que trata el presente Capítulo, serán tramitadas de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición y recursos previstos en el Código Contencioso Administrativo.

Cualquier conducta de los proveedores de servicios de comunicaciones que limite el ejercicio del derecho aquí consagrado, genera la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de las autoridades de inspección, vigilancia y control." (Resalta el Despacho)

De lo anterior se advierte que, haciendo una interpretación sistemática de las referidas normas, resulta evidente que allí claramente se tipifica como una conducta susceptible de imposición de sanciones por parte de la autoridad de

inspección, vigilancia y control, cualquiera de aquellas cometida por los proveedores del servicio que límite el derecho de petición, entre ellas, cuando no se brinda una atención integral.

En este sentido, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se encontraba obligada a atender de manera eficaz e integral las solicitudes efectuadas por sus usuarios, bajo los parámetros establecido para el derecho de petición, esto es, como bien se indicó en los actos administrativos acusados, **no basta con que en atención a una queja o a un recurso presentado por los usuarios, el proveedor del servicio se limite a acceder a todas y cada una de sus pretensiones de manera favorable, sino que esa integralidad implica que las decisiones que contengan favorabilidades, se hagan efectivas y se materialicen, pues de lo contrario, se estaría aceptando que los derechos de los usuarios de este tipo de servicios son meramente formales.**

De igual manera, debe señalarse que **dicha materialización debe encontrarse debidamente acreditada y debe ser puesta en conocimiento del reclamante, pues de no cumplirse con dicho precepto que hace parte del derecho de petición, el usuario queda en incertidumbre frente a la eficacia de sus derechos, lo cual puede conllevar a una sensación de insatisfacción o incumplimiento a lo ya reconocido.**

Por otro lado, esta primera instancia considera que la descripción que traen las referidas normas es clara e inequívoca al tipificar como conducta sancionable, toda aquella que constituya incumplimiento o violación de las disposiciones legales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, particularmente las relativas a la obligación del proveedor de atender de manera integral y oportuna los requerimientos de sus usuarios.

De esta manera, contrario a lo expuesto por la actora, no es necesaria la remisión a otras normas o que el Ente Regulador deba determinar o especificar el contenido de la misma, en tanto la citada imputación jurídica señaló expresamente las disposiciones que de manera sistemática consagran la conducta sancionable, al indicar clara e inequívocamente que las solicitudes de los usuarios se deben atender integralmente, característica esta que de no cumplirse constituyen una infracción a una de las finalidades que persigue el régimen de protección al usuario de los servicios de telecomunicaciones, es decir los principios de calidad y buena fe consagrados en los artículos 3³³ y 5³⁴ de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Además, no se puede perder de vista que una de las consideraciones que tuvo en cuenta el Ente Regulador de Comunicaciones al expedir la referida

33 "ARTÍCULO 3. PRINCIPIO DE CALIDAD. Los proveedores de servicios de comunicaciones deben prestar los servicios en forma continua y eficiente, cumpliendo con los niveles de calidad establecidos en la regulación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, incluyendo las normas relativas a la calidad en la atención a los usuarios y, en todo caso, atendiendo a los principios de trato igual y no discriminatorio, en condiciones similares, en relación con el acceso, la calidad y el costo de los servicios." (Subraya el Juzgado)

34 "ARTÍCULO 5. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los usuarios y los proveedores de servicios de comunicaciones deben respetar los derechos y obligaciones que se derivan para cada una de las partes como consecuencia del contrato de prestación de servicios de comunicaciones, de acuerdo con lo establecido en la Ley y la regulación vigente. En igual sentido, en todo momento, debe existir reciprocidad en el trato respetuoso que se deben mutuamente el proveedor de servicios de comunicaciones y los usuarios, tanto en la oferta, como en la celebración del contrato y durante su ejecución." (subraya del Despacho)

Resolución 3066 de 2011, fue el fortalecimiento de los deberes de información por parte del proveedor frente al usuario con el fin de garantizar el uso efectivo de sus derechos:

"Que en el marco legal vigente, el usuario y la protección de sus derechos tienen un papel preponderante en el desarrollo del sector, lo cual puede evidenciarse no sólo en la inclusión de los principios antes indicados, sino en la fuerza que se le confiere a éstos desde el objeto de la Ley y a lo largo de la misma, quedando claro que la intervención del Estado debe garantizar la protección de los derechos de los usuarios, y velar por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios en un entorno de libre y leal competencia.

(...)

Que de manera adicional al estudio internacional mencionado, la CRC procedió a una revisión del marco normativo colombiano que conlleva a los análisis y conclusiones que constan en el Documento Soporte en mención, y respecto de los cuales se identificaron los siguientes pilares que conllevan a la construcción del presente acto administrativo: i) Marco general de derechos de los usuarios previstos en el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009; ii) Masificación del acceso y uso de las TIC para el efectivo ejercicio de los derechos de los usuarios; iii) Fortalecimiento de todos los deberes de información por parte del proveedor frente al usuario; iv) Primacía de la favorabilidad del usuario; v) Protección de los datos personales de los usuarios, vi) Prestación de los servicios en forma continua y eficiente, de acuerdo con las condiciones de calidad previstas en la regulación; y vii) Protección del medio ambiente con el uso de las TIC.

Que bajo el contexto de una Sociedad de la Información y el marco legal de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, dispuesto en la Ley 1341 de 2009, la Comisión considera de suma importancia hacer del régimen de protección de los derechos de los usuarios una verdadera herramienta en manos de la ciudadanía. En esa medida, como condición para favorecer el acceso a las TIC y garantizar el cumplimiento de las obligaciones en cabeza de los proveedores de servicios de comunicaciones, se estima de gran importancia facilitar al usuario tanto el acceso al conocimiento de la información de su interés y el ejercicio de sus derechos, como la efectiva y ágil protección de los mismos." (Subraya fuera de texto)

De lo anterior, se concluye que no le asiste razón a la parte actora en invocar el principio de tipicidad y legalidad como fundamento de la aludida violación al debido proceso, pues es claro que el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con el inciso final del artículo 39 de la Resolución CRC 3066 de 2011, y el contenido de los derechos de los usuarios contemplados en el artículo 53 de la ley 1341 de 2009 y 10 de la mencionada resolución que establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, no pueden ser consideradas como norma en blanco o abierta pues el supuesto de hecho que allí se señala se encuentra plenamente determinado.

Finalmente, no se puede perder de vista que el artículo 2 ídem consagra que "toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y de las cláusulas del contrato celebrado entre el proveedor de servicios de comunicaciones y el usuario,

*será decidida a favor de este último, de manera que prevalezcan sus derechos", por tanto, si en gracia de discusión llegare a existir alguna duda en la interpretación de la mencionada norma, ésta deberá siempre ser resuelta en favor del usuario y por tanto, **se reitera la obligación que le asistía a la demandante de cumplir con lo otorgado en la atención a la reclamación que en su momento presentó la usuaria, señora Ángela Gálvez, pues de lo contrario se desnaturalizaría la protección integral que estos gozan en su relación con los proveedores de servicios de comunicación.***

Como quedó dilucidado en el acápite de hechos probados jurídicamente relevantes, la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos acusados advirtió claramente a la demandante que los soportes allegados a la investigación administrativa, y **en especial el reporte del sistema comercial de la sociedad hoy demandante, en el cual aparecen dos avisos con información respecto a una desactivación en la línea móvil de la usuaria, no evidencia cual fue el procedimiento y el servicio o los servicios desactivados³⁵; por lo que, no se demostró el cumplimiento íntegro a la favorabilidad concedida en la decisión empresarial identificada con el radicado CUN4433140005941079 del 14 de julio de 2014, que incluía el derecho a la cancelación del servicio de "Mensajería Premium".**

En ese sentido, no es cierto lo manifestado por la parte actora cuando afirma que la Superintendencia demandada no probó la existencia de la infracción o que esta no existió, pues por el contrario, lo que se encuentra probado es que, pese a la oportunidad con que contó Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. al presentar sus descargos, así como al interponer los recursos en vía administrativa, y al requerimiento de información realizado previo al inicio de la investigación como al decreto de pruebas realizado por la hoy demandada, dicha empresa no probó en el curso del proceso sancionatorio, la efectividad de la favorabilidad previamente otorgada a su usuaria.

En efecto, como se señaló en los actos administrativos demandados el pantallazo con el cual la demandante pretendió probar la inexistencia de la infracción, mismo documento que en el presente proceso fue integrado en el escrito de la demanda con idéntico propósito³⁶, no demuestra de manera alguna el cumplimiento a las normas ya referidas, no solo porque en el mismo no se identifican los servicios objeto del reporte, sino porque además la fecha de este es anterior al reconocimiento de la favorabilidad que se imputó desconocida; pues el referido reporte tiene fecha del 10 de junio de 2014, mientras que la decisión empresarial CUN4433140005941079 fue proferida el 14 del mismo mes y año.

Por último, cabe precisar que sólo hasta el 21 de junio de 2018, y en cumplimiento a lo decidido en las resoluciones demandadas, fue que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., informó y demostró de manera clara a la señora Ángela Gálvez, la materialización de la favorabilidad otorgada en la referida decisión empresarial, para lo cual aportó la constancia de desactivación de mensajería de contenido comercial en la línea de telefonía móvil a su nombre

³⁵ Ver Folio 6 y 100 Cuaderno principal – CD Antecedentes administrativos, carpeta COPIA EXPEDIENTE DIGITAL 14-219653 archivo 14_0219653_22.pdf, página 6.

³⁶ Ídem.

con registro del 16 de julio de 2014³⁷. Es decir, que si bien el soporte de la cancelación de los servicios adicionales que originaron la inconformidad de la usuaria data del 14 de julio de 2014, ello no fue debidamente demostrado en su oportunidad a la entidad de inspección, vigilancia y control, pues se reitera que en el curso de la investigación administrativa que culminó con las resoluciones demandadas no se allegó prueba en tal sentido; sino que en todo caso, la satisfacción (atención integral) del derecho o favorabilidad de la usuaria no se dio sino hasta el momento en que esta conoció la efectividad del mismo, esto es, con la respuesta emitida el 21 de junio de 2018, previamente reseñada.

Por todo lo anterior, el Juzgado estima que contrario a lo alegado por la sociedad demandante, si existió relación de causalidad entre las normas incumplidas y los hechos que fundamentan los actos acusados, pues **la queja de la usuaria que originó la investigación administrativa sancionatoria, se refería precisamente a su inconformidad no sólo en relación con el pago del reembolso reconocido a su favor (\$50.000), sino además recaía en la inconformidad en cuanto a exigir el retiro inmediato de los servicios no solicitados (mensajería comercial).**

Así mismo, se reitera que la sustentación fáctica y jurídica en la cual se apoyó la SIC para imponer la sanción que hoy se debate, se encontró debidamente determinada y especificada en los términos que señala el ordenamiento frente al Régimen de Protección a los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones, y conforme a lo que se probó en el curso de la actuación administrativa; la cual, además, atendió el derecho al debido proceso y defensa de la entonces investigada.

En atención a los argumentos expuestos, los cargos planteados no prosperan.

5.2.2 Transgresión al debido proceso: Indebida determinación y tasación de la sanción - Indebido ejercicio de la potestad sancionatoria – principio de proporcionalidad.

Sostiene la demandante que la tasación del valor de la multa debe ser racional y proporcional con los elementos de cada caso, y de conformidad con todos los criterios definidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, no obstante, la Superintendencia demandada determinó la sanción con la simple afirmación de la transgresión, sin acudir a un sustento fáctico y jurídico, así como sin acudir a todos los criterios definidos en la norma.

Señala que el comportamiento de la Superintendencia desdibuja el cabal ejercicio de la potestad sancionadora, pues vulneró lo preceptuado en el artículo 44 del CPACA al ejercer su poder discrecional sin tener en cuenta ninguno de los límites que las disposiciones legales le fijaron, así como contrariando la razonabilidad por cuanto la sanción no responde a una finalidad concreta. Así, considera que la sanción se impuso por un hecho que no representó daño alguno para los usuarios.

37 Ídem 30.

5.2.3.1 Análisis del Juzgado

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." (Subraya el Despacho)

El artículo previamente transcrito, dispone que la persona natural o jurídica que cometa cualquiera de las transgresiones del artículo 64 ídem será sancionada, entre ellas, la contenida en el numeral "12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones."

Así entonces, el artículo 66 de la misma 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." (Subraya el Juzgado)

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

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto sancionatorio, dispuso que la sanción pecuniaria se tasaba en la suma de \$77.460.285,

equivalente a 105 SMLMV, dado la naturaleza de la infracción y, en particular la gravedad y reincidencia del hecho constitutivo de transgresión a los derechos de los usuarios del servicio de comunicaciones; en atención a los extremos máximos y mínimos de la norma.

En ese sentido, la entidad expresó que una vez evaluada la conducta objeto de reproche al proveedor, esta generó para la usuaria el desconocimiento al derecho otorgado en virtud de la favorabilidad concedida dentro de la relación contractual, inobservando el principio de buena fe consagrado en el artículo 5 del Régimen de Protección Integral de los derechos de los usuarios de Comunicaciones (criterio concerniente a la gravedad de la falta); así como, refirió que dicha conducta en relación con otros usuarios, ya había sido objeto de sanción en actos administrativos emitidos por ese Ente de Control, como por ejemplo las actuaciones administrativas adelantadas bajo los números de radicado 12-8489 y 12-64522, que demostraba la reiterada tendencia a vulnerar el referido régimen de protección. Por consiguiente, señaló que la multa sería incrementada en cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Así mismo, debe indicarse que en atención a las normas transgredidas frente a la señora Ángela Gálvez, la incertidumbre y descontento frente a lo decidido por el proveedor de servicios en oficio CUN4433140005941079 del 14 de julio del mismo año, implicó para la usuaria verse obligada a adelantar un nuevo trámite ante la SIC con el fin de obtener la materialización de la favorabilidad que ya había sido concedida, y de esta manera se vio expuesta a un largo periodo de tiempo para lograr la concreción de sus derechos, lo que conllevó a su turno, mayor actividad para la Administración al adelantar el procedimiento pertinente.

Así las cosas, encuentra el Despacho que **la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, sin que se evidencie una indebida tipificación por inobservancia de los criterios legales establecidos para definir la sanción** ni tampoco, el desconocimiento de la proporcionalidad, **ya que ésta valoró la conducta atendiendo la gravedad de la falta, la importancia de los derechos afectados y la reincidencia en la conducta sancionables y su adecuación a los límites permitidos en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.**

Ahora bien, en cuanto a la proporción y monto de la sanción pecuniaria impuesta a la accionante, es necesario recordar que uno de los elementos fundamentales del Régimen de Protección de los Derechos de los usuarios de Telecomunicaciones que contenía la Resolución CRC 3066 de 2011, es el derecho de los usuarios a que sus solicitudes sean atendidas de manera íntegra y bajo criterios de calidad y oportunidad, así como, el principio de información, según el cual en todo momento, durante el ofrecimiento de los servicios, al momento de la celebración del contrato y durante su ejecución, el proveedor de servicios de comunicaciones debe suministrar al usuario, toda la información asociada, entre otras, con sus derechos; por lo tanto, **si el proveedor concede formalmente determinados beneficios como consecuencia de una petición o queja presentada por este, estos deben materializarse en la forma y oportunidad allí descritos, así como informar al usuario la forma y contenido en que se ejecutaron, pues de lo contrario se atenta contra el ejercicio efectivo de los**

derechos de los consumidores, situación que fue precisamente lo que fundamentó los actos administrativos demandados.

Además, no se puede perder de vista que la Superintendencia 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 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"³⁸ (Negritillas y subraya del Juzgado).

En consecuencia, el Juzgado estima que los actos administrativos observaron los criterios legales establecidos para definir la sanción, en cuanto se valoró la conducta atendiendo la gravedad de la falta, la reincidencia en la misma y la importancia de los derechos afectados (proporcionalidad propiamente dicha); por tanto, el cargo no prospera.

2.6 Condena en costas

Por último, el Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo, por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. dada la naturaleza del asunto.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, dado que las pretensiones de la demanda tiene un contenido pecuniario, el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$3.873.000, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia. Así mismo, porque el Despacho advierte una gestión diligente de la apoderada de la parte demandada quien asistió a las audiencias realizadas, presentó contestación a la demanda y alegatos de conclusión y se mostró presta a colaborar con el recaudo probatorio; pero también teniendo en cuenta la duración del proceso (casi tres años).

³⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente Maria Claudia Rojas Lasso, sentencia del 28 de enero de 2020, Ref. 2001-00364-01.

Radicación: 11001-3334 -003-2018-00386-00
Demandante: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.
Demandada: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto: Sentencia

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.

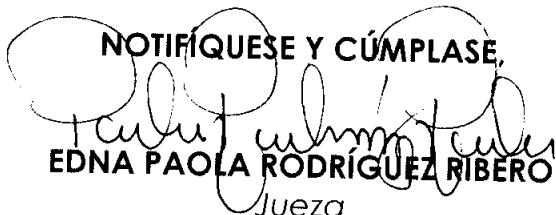
FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, aplicables por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por Secretaría, liquídense las costas a que haya lugar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, fijar la suma de \$3.873.000, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza

D.C.R.P.

