



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 4° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

Bogotá D.C., 16 de diciembre de 2021

Expediente: 11001 – 33 – 34 – 004 – 2018 – 00185 – 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

Escuchadas las partes, cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control, sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 43 de la Ley 2080 de 2021¹, profiere en derecho la siguiente sentencia anticipada.

I. SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES PROCESALES SURTIDAS.

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Solicita la parte demandante lo siguiente:

"1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 79880 del 18 de noviembre de 2016, 46073 del 31 de julio de 2016 y 71576 del 8 de noviembre de 2017, expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración o de una similar se restablezca el derecho de la sociedad demandante, ordenándose el reembolso a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP del valor debidamente indexado, de la sanción pagada y demás valores que haya tenido que cancelar a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio con ocasión de la expedición de los actos que se demandan.

*3. Se condene en costas y agencias en derecho a la Superintendencia de Industria y Comercio."*²

1.2. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandante señaló que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que estaba probado que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. envió el mismo día de la solicitud de portabilidad, esto es, el 7 de diciembre de 2013, el número de identificación personal (NIP) al usuario.

Indicó que, dentro del proceso de portación, una vez el usuario recibe el NIP, debe suministrarlo al asesor que tramita la solicitud de portabilidad para que se proceda con el registro de la misma, teniendo en cuenta que el trámite se realiza de manera presencial. Y que, de acuerdo a lo anterior, en el evento que el usuario no adelanta tal acción, como ocurrió en el presente caso, no es posible que se surta la segunda etapa del proceso de portación.

¹ Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

² Pág. 7, archivo "04Folio109A1138".

Expresó que ante la negativa del usuario de suministrar el NIP, la entidad demandante registró una nueva solicitud el 14 de diciembre de 2013, finalizando con la activación efectiva el 18 de diciembre de 2013, lo cual evidencia la inexistencia de incumplimiento de los plazos establecidos por la norma para el proceso de portación.

Adujo que tampoco incumplió la obligación de mantener informado al usuario acerca del proceso de portabilidad, consignada en el numeral 8.4.2 del artículo 8 de la Resolución CRC 2355 de 2010, dado que realizó tal acción a través del envío de mensajes de texto.

Sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía competencia para sancionar a la demandante por la vulneración de los numerales 8.2.3 y 8.4.2 del artículo 8 y el artículo 14 de la Resolución CRC CRC 2355 de 2010 y el artículo 11 de la Resolución 3066 de 2011, dado que los mismos corresponden al régimen de condiciones para la implementación y operación de la portabilidad numérica para telefonía móvil en Colombia, más no al régimen integral de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

Indicó que el artículo 42 de la Resolución CRC CRC 2355 de 2010 establece que las infracciones al régimen allí dispuesto serán sancionadas de acuerdo con lo previsto en el título IX de la Ley 1341 de 2009, el cual en el artículo 63 prevé que la competencia para investigar e imponer sanciones por violación al régimen de telecomunicaciones es del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, salvo cuando esta facultad esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió los actos enjuiciados con vulneración del debido proceso de la parte actora, habida cuenta que no realizó el análisis del material probatorio aportado por ésta.

Agregó que la entidad demandada no explicó cuáles fueron los criterios que utilizó para imponer la multa, no sustentó debidamente el daño o perjuicio generado dentro del presente asunto y no tuvo en cuenta los límites ni criterios que las disposiciones legales han fijado para adoptar las determinaciones sancionatorias, puntualmente en el artículo 19 de la Ley 1266 de 2008, con lo que se desconoció el principio de proporcionalidad.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Superintendencia de Industria y Comercio³

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Para el efecto señaló que en el desarrollo de la investigación no fue posible verificar la obstaculización externa de la continuación del proceso de portación solicitado por el quejoso.

Indicó que se pudo evidenciar que el proveedor informó al usuario sobre el retraso en el proceso de portabilidad, sin mencionar en ningún momento el no suministro del NIP, sino que por el contrario le indicó que se debió a la naturaleza misma del proceso.

Manifestó que se probó que el proveedor le informó al usuario que la portabilidad se llevaría a cabo el 13 de diciembre de 2013, circunstancia que demuestra que

³ Págs. 48 a 59, archivo "06Folio169A198", y 1 a 15, archivo "07Folio199A210".

excedió el término de un día para dar información al usuario acerca del trámite iniciado.

Expresó que se determinó que el proveedor de servicios no cumplió con los términos establecidos para efectuar el proceso de portación numérica y que tampoco mantuvo informado al usuario sobre el estado del mismo, razón por la cual no existe la falsa motivación alegada por la parte demandante.

Adujo que le correspondía a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. allegar los medios probatorios pertinentes para desvirtuar lo afirmado por el quejoso, pues en la relación contractual es quien se encuentra en mejor posición para demostrar que sí atendió a la solicitud de portación en los términos de ley.

Sostuvo que en cumplimiento de la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expidió la circular 003 de 2009, en la que indicó expresamente que la entidad competente para la protección de usuarios y suscriptores de los servicios de telecomunicaciones es la Superintendencia de Industria y Comercio.

Arguyó que según el Decreto 4886 de 2011 son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de servicios de comunicaciones, y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten al respecto.

Indicó que conforme a dicha norma es función de la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, la de tramitar y decidir las investigaciones en contra de los proveedores de servicios de comunicaciones por presuntas infracciones al régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones y adoptar las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley.

Señaló que las pruebas aportadas por la parte demandante sí fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia, no obstante, no resultaron idóneas para desvirtuar el incumplimiento en el proceso de portabilidad numérica solicitado por el usuario.

Añadió que el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, de los cuales se tuvieron en cuenta en el presente asunto la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en la comisión de los hechos; aunado a que la tasación de la sanción no sobrepasa los criterios de proporcionalidad y resulta ser adecuada.

2.2. Tercero con interés: Héctor Leandro Rojas Serrano⁴

El Curador Ad-Litem del señor Héctor Leandro Rojas Serrano señaló que no se opone a las pretensiones de la parte actora y tampoco se allana a ellas, por lo que se atiende a lo que se pruebe dentro del proceso.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante⁵

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que en los actos demandado la Superintendencia de Industria y Comercio solo hizo referencia a

⁴ Págs. 27 a 29, archivo "06Folio169A198".

⁵ Archivo "13AlegatosConclusionDemandante".

uno de los 8 criterios de graduación de las sanciones previstos en la Ley 1437 de 2011 y omitió tener en cuenta los dispuestos como atenuantes en el artículo 67 parágrafo 1 de la Ley 1341 de 2009.

3.2. Superintendencia de Industria y Comercio⁶

Reiteró las razones de defensa plasmadas en la contestación de la demanda.

3.3. Ministerio Público y tercero con interés Héctor Leandro Rojas Serrano

Guardaron silencio en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. HECHOS PROBADOS

Con los documentos que forman el plenario se lograron demostrar las siguientes premisas fácticas que interesan al debate:

1.1. El señor Héctor Leandro Rojas Serrano presentó queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, contra el operador de telefonía móvil Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., con fundamento en que no le realizó a satisfacción la portabilidad numérica que solicitó en diciembre de 2013.⁷

1.2. La Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa y elevó pliego de cargos en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, por la presunta infracción de los artículos 14 y 8 numerales 8.2.3 y 8.4.2. de la Resolución CRC CRC 2355 de 2010, así como el artículo 11 de la Resolución 3066 de 2011.⁸

1.3. El 28 de abril de 2016, estando dentro del término para el efecto, la parte demandante presentó los correspondientes descargos.⁹

1.4. Por medio de Resolución No. 62240 de 22 de septiembre de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió sobre las pruebas de la actuación administrativa.¹⁰

1.5. La Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP a través de la Resolución No. 79880 de 18 de noviembre de 2016, al encontrar demostrado el incumplimiento de las normas citadas en la investigación.¹¹

1.6. El 21 de diciembre de 2016 la parte accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la multa impuesta.¹²

⁶ Archivo "14AlegatosConclusionDemandado".

⁷ Págs. 2 a 3, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

⁸ Págs. 7 a 11, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

⁹ Págs. 16 a 22, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

¹⁰ Págs. 25 a 27, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

¹¹ Págs. 35 a 48, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

¹² Págs. 55 a 69, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

1.7. Por medio de Resolución No. 46073 de 31 de julio de 2017 la entidad demandada resolvió el recurso de reposición confirmando la sanción, al considerar que la conducta de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP era constitutiva de una infracción normativa.¹³

1.8. La Superintendencia Delegada para la Protección del Consumidor desató el recurso de apelación mediante la Resolución No. 71576 de 8 de noviembre 2017, confirmando la imposición de la sanción.¹⁴

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en auto de 22 de abril de 2021¹⁵, la controversia se centra en resolver las siguientes preguntas:

- ¿Los actos demandados están viciados de nulidad, porque presuntamente la Superintendencia de Industria y Comercio no era la competente para investigar y sancionar las conductas endilgadas a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, sino que tal potestad estaba en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones?
- ¿Los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por la causal de falsa motivación, por cuanto presuntamente la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que (i) en un primer momento la falta de culminación del trámite de portabilidad era atribuible al quejoso y, en todo caso, finalmente se efectuó estando del término para el efecto; y, (ii) la entidad demandante mantuvo informado al usuario en todo momento acerca de su proceso de portación?
- ¿La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el debido proceso de la sociedad demandante, en virtud de que al parecer (i) desconoció el derecho de defensa de la entidad demandante, ya que no realizó un análisis adecuado del material probatorio aportado; y, (ii) no manifestó ni sustentó los criterios que utilizó para imponer la multa, con lo cual desconoció el principio de proporcionalidad?

3. DE LA PORTABILIDAD NÚMERICA EN EL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL

El artículo 1° de la Ley 1245 de 2008¹⁶ y el artículo 2.2.12.2.3.1 del Decreto 1078 de 2015¹⁷ prevén que los operadores de telecomunicaciones que tengan derecho a asignación directa de numeración se obligan a prestar el servicio de portabilidad numérica, entendida esta como la posibilidad del usuario de conservar su número telefónico sin deterioro de la calidad y confiabilidad, en el evento de que cambie de operador, de conformidad con los requerimientos prescritos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

¹³ Págs. 73 a 82, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

¹⁴ Págs. 100 a 112, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

¹⁵ Archivo "11AutoCorreTrasladoAlegatos".

¹⁶ Por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Para el caso de la telefonía móvil, la norma en mención dispone que debe facilitarse la conservación del número al usuario, aun cuando modifiquen la modalidad tecnológica de la prestación del servicio.

Atendiendo lo anterior, a través de la Resolución No. CRC 2355 de 2010¹⁸ la Comisión de Regulación de Comunicaciones estableció las condiciones para la implementación y operación de la portabilidad numérica para la telefonía móvil en Colombia. En el artículo 3 de dicha reglamentación se definió el proceso de portación como conjunto de procedimientos que se adelantan con el fin de cambiar de proveedor de servicios de telecomunicaciones conservando el número cuando el usuario lo haya solicitado.

En el artículo 5 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010 se previeron como derechos de los usuarios, entre otros, los de solicitar la portación de su número y estar informado acerca del proceso de portación y del estado del trámite de su solicitud por parte del proveedor receptor¹⁹. Sin embargo, según el artículo 6 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Resolución 3051 de 2011, a los usuarios les asiste el deber correlativo de seguir los procedimientos definidos para adelantar el proceso de portación.

Por su parte, según el artículo 8 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución 3051 de 2011, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de acatar los plazos máximos previstos en la regulación para adelantar las actividades a su cargo dentro del proceso de portación (numeral 8.2.3).

Cuando los proveedores obran como receptores, además deben mantener informado al usuario que ha iniciado un proceso de portación sobre el estado del mismo, en especial respecto de la fecha y hora de activación de su número en su red (numeral 8.4.2.). Esto se acompasa con lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011²⁰, que señala lo siguiente sobre el deber de información:

“ARTÍCULO 11. DEBER DE INFORMACIÓN. Los proveedores de servicios de comunicaciones, desde el momento en que ofrecen la prestación de sus servicios, durante la celebración de los contratos y en todo momento durante la ejecución de los mismos, deben suministrar al usuario información clara, transparente, necesaria, veraz, anterior, simultánea y de todas maneras oportuna, suficiente y comprobable, precisa, cierta, completa y gratuita, que no induzca error para que los usuarios tomen decisiones informadas, respecto del servicio ofrecido o prestado. (...)” (Negrillas fuera de texto original)

Ahora, en el artículo 14 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010 se establece el proceso de portación de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 14°. - PROCESO DE PORTACIÓN. El Proceso de Portación incluirá las siguientes etapas: (i) Generación del NIP de Confirmación, (ii) Solicitud de Portación, (iii) Verificación de la Solicitud por parte del ABD, (iv) Aceptación o Rechazo de la Solicitud de Portación por parte del Proveedor Donante, (v) Planeación de la Ventana de Cambio, y (vi) Activación del Número Portado.

¹⁸ Disponible en la página web: <https://www.crcom.gov.co/resoluciones/00002355.pdf>

¹⁹ Proveedor Receptor: Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones hacia el cual es portado un determinado número como resultado del Proceso de Portación. (numeral 3.19. artículo 3 de la Resolución No. 2355 de 2010).

²⁰ Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones. Disponible en la página web: <https://www.crcom.gov.co/resoluciones/00003066.pdf>

Todo el Proceso de Portación tendrá una duración máxima de cinco (5) días hábiles contada a partir del ingreso de la Solicitud de Portación por parte del Usuario. A partir del 1° de agosto de 2012, esta duración será de máximo tres (3) días hábiles.

PARÁGRAFO 1. Todas aquellas solicitudes de portación registradas con posterioridad al período establecido para el día hábil en la presente resolución, se entenderán presentadas en el día hábil siguiente. En todo caso, el tiempo de portación no podrá superar los plazos contemplados en la presente resolución.

PARÁGRAFO 2. **La ventana de cambio podrá efectuarse fuera del tiempo máximo aquí señalado, en aquellos casos en los que el Usuario que solicita la portación elija una fecha posterior a dicho plazo, el cual en todo caso deberá corresponder a un día hábil de la semana. La fecha indicada en la Solicitud de Portación por parte del Usuario para que se efectúe la Ventana de Cambio, no podrá ser mayor a treinta (30) días calendarios contados a partir de la fecha de la Solicitud de Portación. En todo caso, el Proveedor Receptor deberá informar al Usuario que la Ventana de Cambio podrá llevarse a cabo dentro de los tres (3) días hábiles anteriores a la fecha por él indicada.**

Para lo anterior, los Proveedores Donante y Receptor deben adelantar las gestiones necesarias para que la ventana de cambio se realice de manera tal que se lleve a cabo en las condiciones antes señaladas.

No obstante lo anterior, **las demás etapas del proceso de portación, deberán surtirse dentro de los términos establecidos por la regulación”** (Negrillas del Despacho)

Según el artículo 3 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010, el número de identificación personal (NIP) de confirmación es el número único asignado por el administrador de la base de datos, que permite verificar la identidad del usuario solicitante de la portación de su número.

De conformidad con el artículo 15 ejusdem, cuando se trate de personas naturales que sean usuarios de servicios móviles, el proveedor receptor deberá solicitar al administrador de la base de datos el NIP de confirmación, el cual constituye un requisito indispensable para autenticar la condición de usuario del número a ser portado. Posteriormente, el administrador de la base de datos deberá enviar el NIP al usuario a través de un mensaje corto de texto (SMS), en un lapso no mayor a 5 minutos desde el momento en que se ha solicitado su envío en el 95% de los casos, y en ningún evento podrá ser superior a 10 minutos.

De acuerdo con el artículo 17 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010, una vez recibida la solicitud del usuario por el proveedor receptor, y previa verificación de su disponibilidad técnica para prestar sus servicios, dentro de los plazos establecidos en el artículo 14, éste procederá a enviar la solicitud de portación al administrador de la base de datos, asignándole un número que la identifique, el cual debe ser único y ser emitido de manera secuencial en su red, por cada proveedor receptor. El proveedor receptor suministrará dicho número al Usuario para identificación de su solicitud de portación.

Luego, el administrador de la base de datos debe verificar la solicitud de portación y proceder a aceptarla o rechazarla (art. 19, Resolución CRC 2355 de 2010). Si la acepta deberá enviar al proveedor donante²¹ la solicitud, e informarle simultáneamente al proveedor receptor en un tiempo máximo de 60 minutos a partir de la presentación de la solicitud. Si la rechaza deberá informárselo al proveedor receptor indicando la causa respectiva, en el término máximo referido previamente.

El proveedor donante dispondrá de un plazo máximo de 1 día hábil, contado desde el momento en que recibe la solicitud de portación por parte del

²¹ Proveedor Donante: Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones desde el cual es portado un determinado número como resultado del Proceso de Portación. Numeral 3.18 del artículo 3 de la Resolución CRC 2355 de 2010.

administrador de la base de datos, para aceptar o rechazar la misma (art. 20, Resolución CRC 2355 de 2010). En todo caso, vencido este plazo, si el administrador de la base de datos no recibe respuesta del proveedor donante, se entenderá aceptada la solicitud de portación por parte de este último y se continuará el proceso de portación.

La aceptación o rechazo de la solicitud de portación debe ser enviada por el proveedor donante al proveedor receptor, por medio del administrador de la base de datos, el cual a su vez la reenviará al proveedor receptor. En caso de rechazo de la solicitud de portación el proveedor donante deberá remitir la justificación y prueba del mismo. A su vez, el proveedor receptor deberá informar del rechazo y su justificación al usuario, en un plazo no mayor a 1 día hábil contado a partir de la recepción de la respectiva comunicación.

Después, los proveedores donante y receptor, a través del administrador de la base de datos, deben acordar la fecha y hora de la ventana de cambio en la cual se dará de baja el número portado en el proveedor donante y se activará el mismo en el proveedor receptor (art. 21, Resolución CRC 2355 de 2010). Una vez que la fecha y horario de la ventana de cambio estén confirmados, el proveedor receptor será responsable de informar al usuario sobre el estado del proceso de portación y la fecha y hora en que ha sido programada la ventana de cambio, por medio telefónico o mensaje corto de texto (SMS).

Finalmente, el proveedor receptor informará al usuario la activación del servicio, finalizando de esta manera el proceso de portación (art. 22, Resolución CRC 2355 de 2010). Con la activación del servicio por parte del proveedor receptor se da inicio a la nueva relación contractual con el usuario, dando con ello por terminado el contrato con el proveedor donante.

Por otro lado, cabe agregar que conforme al artículo 42 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010, las infracciones, incumplimientos, o violación a las disposiciones legales, reglamentarias o regulatorias en materia de portabilidad serán sancionadas de acuerdo con lo previsto en el Título IX de la Ley 1341 de 2009. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones que por infracción a las normas de promoción de la competencia y protección al usuario corresponda imponer a la Superintendencia de Industria y Comercio, o que por infracción a lo previsto en el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 corresponda imponer a la CRC.

4. DE LA FALSA MOTIVACIÓN

En lo que respecta a la falsa motivación como causal de nulidad, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa ha decantado que se presenta cuando no existe concordancia entre la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo. En extenso, indicó:

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

si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"²²(Negrilla y subraya fuera de texto).

De manera tal que, cuando las consideraciones de un acto no corresponden con la realidad, ni permiten justificar la decisión que adopta la autoridad administrativa, se está en presencia de un acto falsamente motivado, lo cual afecta su validez, entendida ésta como la correcta adecuación de un pronunciamiento al ordenamiento jurídico.

5. CASO CONCRETO

5.1. ¿Los actos demandados están viciados de nulidad, porque presuntamente la Superintendencia de Industria y Comercio no era la competente para investigar y sancionar las conductas endilgadas a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, sino que tal potestad estaba en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones?

El artículo 365 de la Constitución Política señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, siendo su deber, asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Dicho artículo determina que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

A su vez, en el numeral 22 del artículo 186 superior el Constituyente dejó en cabeza del presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado, jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, las funciones de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

Para el caso del régimen jurídico de protección al usuario de los servicios de comunicaciones el Legislador desconcentró en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tales funciones de inspección y vigilancia, a través de la Ley 1341 de 2009²³, así:

*"ARTÍCULO 63. DISPOSICIONES GENERALES DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. Las infracciones a las normas contenidas en la presente ley y sus decretos reglamentarios darán lugar a la imposición de sanciones legales por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.***

Por las infracciones que se cometan, además del autor de las mismas, responderá el titular de la licencia o del permiso o autorización, por acción u omisión en relación con aquellas."

Ahora, en cuanto a las infracciones relacionadas con la portabilidad numérica de los usuarios de telefonía móvil, en el artículo 42 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010 la Comisión de Regulación de Comunicaciones hizo remisión al título IX de dicha Ley 1341 -dentro del cual se encuentra el artículo 63 en cita- para efectos de la imposición de las respectivas sanciones.

Así las cosas, en principio, el competente para sancionar las infracciones, incumplimientos, o violación a las disposiciones legales, reglamentarias o regulatorias en materia de portabilidad numérica de telefonía móvil, es el Ministerio

²² Sentencia de 26 de julio de 2017. Radicación Número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326). C.P. Dr. Milton Chaves García.

²³ Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. No obstante, debe recordarse que el artículo 63 de la Ley 1341 de 2009 prevé que la competencia será del ente ministerial, salvo cuando la facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública, circunstancia que se presenta en este caso.

En efecto, en el inciso 2º del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999²⁴ y los numerales 32 a 36²⁵ del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, el Gobierno Nacional encabezado por el presidente de la República, delegó en la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de inspección y vigilancia de los servicios públicos, relacionadas con la protección de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Para tal fin, le otorgó la facultad de dar trámite a las quejas o reclamaciones que presenten dichos usuarios e imponer las respectivas sanciones si se llega a constatar que existió violación a su régimen de protección.

El artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 define el régimen jurídico de protección de los usuarios de telecomunicaciones de la siguiente manera:

“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.

(...)” (Negrillas del Despacho)

Así entonces, no puede pasarse por alto que a través de la Resolución No. 3066 de 2011, que también se reputó incumplida, la Comisión de Regulación de Comunicaciones estableció el régimen integral de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones; ni que, pese a que la regulación de la Resolución No. CRC 2355 de 2010 se dirige específicamente al tema de la

²⁴ ARTICULO 40. (...)

Igualmente, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores. Para el efecto, la Superintendencia, contará, en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y podrá ordenar modificaciones a los contratos entre operadores y comercializadores de redes y servicios de telecomunicaciones o entre estos y sus usuarios, cuando sus estipulaciones sean contrarias al régimen de telecomunicaciones o afecten los derechos de estos últimos.

La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo respecto de estos servicios las funciones jurisdiccionales que le fueron otorgadas en la Ley 446 de 1998 en materia de competencia desleal y protección del consumidor.”

²⁵ “ARTÍCULO 1o. FUNCIONES GENERALES. (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

32. **Velar** en los términos establecidos por la ley y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, **por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten.**

33. Resolver los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las decisiones adoptadas en primera instancia por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

34. Reconocer los efectos del silencio administrativo positivo en los casos de solicitudes no atendidas adecuadamente por los proveedores de servicios de telecomunicaciones dentro del término legal e imponer las sanciones que correspondan de acuerdo con la ley.

35. Ordenar modificaciones a los contratos entre proveedores y comercializadores de redes y servicios de telecomunicaciones o entre estos y sus usuarios, cuando sus estipulaciones sean contrarias al régimen de telecomunicaciones o afecten los derechos de estos últimos.

36. **Imponer, previa investigación, de acuerdo con el procedimiento aplicable, sanciones por violación de las normas sobre protección al consumidor y del régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones.**

(...)”

portabilidad numérica, contiene disposiciones de protección los usuarios del servicio de comunicación de telefonía móvil.

Corolario de lo anterior, en el presente caso se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio sí tenía competencia para investigar y sancionar las conductas endilgadas a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

5.2. ¿Los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por la causal de falsa motivación, por cuanto presuntamente la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que (i) en un primer momento la falta de culminación del trámite de portabilidad era atribuible al quejoso y, en todo caso, finalmente se efectuó estando del término para el efecto; y, (ii) la entidad demandante mantuvo informado al usuario en todo momento acerca de su proceso de portación?

- *Del término del trámite de portación*

De acuerdo con lo probado en el expediente, el 7 de diciembre de 2013 el señor Héctor Leandro Rojas Serrano solicitó la portabilidad numérica para la línea móvil 3004255819²⁶. En ese orden, en los términos del artículo 14 de la Resolución CRC 2355 de 2010, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. tenía máximo hasta el 11 de diciembre de 2013 para efectuar el proceso de portabilidad del usuario, dado que no se advierte que éste haya solicitado una fecha posterior para que se efectuara la ventana de cambio en los términos del parágrafo 2 ibidem.

La parte demandante aduce en primer lugar que, el hecho que no se haya culminado el trámite de portabilidad abierto con ocasión de la solicitud de 7 diciembre de 2013 es imputable al usuario, como quiera que no le suministró al asesor el NIP de confirmación. Y, en segundo lugar, señala que de todas maneras el 14 de diciembre de 2014 se realizó una nueva solicitud la cual culminó con la portación numérica exitosa el 18 de diciembre de 2014.

En cuanto al primer punto, el Despacho encuentra que el 7 de diciembre de 2013 a las 3:12 p.m. la parte demandante solicitó el NIP y a las 3:13 el administrador de la base de datos se lo envió al abonado del solicitante²⁷.

Sin embargo, en el expediente no obra prueba que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. le haya informado al señor Héctor Leandro Rojas Serrano sobre el procedimiento de portabilidad, puntualmente sobre la necesidad de que este suministrara el NIP que le llegaría a través de mensaje de texto y, menos aun de que el usuario se haya negado a adelantar tal acción.

De los pantallazos que la entidad demandante aportó sobre el trámite de portación solicitado por el quejoso, se extrae que dicha empresa no dejó ninguna constancia en el sistema respecto a la omisión que alega que cometió el usuario.²⁸

Además, debe tenerse en consideración que, según el artículo 14 de la Resolución CRC 2355 de 2010, el proceso de portación inicia con la generación del NIP de confirmación y prosigue con la solicitud de portación, y no al revés como lo aduce la parte actora. Siguiendo esa línea, el artículo 21 ibidem establece como penúltimo paso la planeación de la ventana de cambio, que es la fecha y hora en

²⁶ Pág. 6, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" -
"08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

²⁷ Pág. 70, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" -
"08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

²⁸ Ibid.

la cual se dará de baja el número portado en el proveedor donante y se activará el mismo en el proveedor receptor.

Esto permite inferir que, dado que la solicitud del usuario fue registrada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. sin ninguna novedad y que, además se le informó que la línea quedaría activa en el nuevo proveedor de servicios el 13 de diciembre de 2013, el señor Héctor Leandro Rojas Serrano si procedió a suministrar el referido NIP.

Dicha inferencia encuentra sustento en lo afirmado por el quejoso en correo electrónico de 12 de diciembre de 2018²⁹, así:

*"El 07-12-2013 adquirí un plan de datos, con el contrato no. 14831512 en la sucursal de movistar Soacha mercurio, ese mismo día solicité portabilidad numérica para mi línea 3004255819 y que quedara con el plan de datos, **me comunicaron que el día viernes 13-12-2013, pero ese día me comunicaron que por errores internos la portabilidad no se había hecho**; luego me dijeron que esperara al miércoles 18-12-2013, siendo así el día de hoy me activaron la sim card con el número 3004255819, pero no me activaron el plan de datos, he perdido ya dos semanas de servicio con este trámite (...)"*

Además, a través de correo electrónico de 4 de enero de 2014³⁰, la parte demandante le informó al señor Héctor Leandro Rojas Serrano lo siguiente:

*"(...) la línea 3004255819 se encuentra activa con el plan X3_Prep_Trai_Tododestino_Casim, servicio el cual se encuentra activo desde el 17/12/2013, **asimismo le informamos que realizando la verificación en cuanto al proceso de portabilidad se evidenció que presentó un retraso al momento de activar la línea, teniendo en cuenta que es un proceso el cual se realiza una verificación entre los dos operadores de telecomunicaciones con el fin de conocer si cumple con todos los requisitos para poder efectuar la portabilidad.***

Le informamos que el ABD (Administración de la Base de Datos) es el ente jurídico que tiene a su cargo la administración, gestión e integridad de la Base de Datos Administrativa, la mediación de los cambios de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones y la coordinación de la sincronía de la actualización de las Bases de Datos Operativas involucradas en la Portabilidad Numérica.

***Por tal razón se ocasionó este tipo de retraso en la portabilidad de la línea.**
(...)"*

Es decir que, tampoco existe constancia que la parte demandante le haya manifestado al usuario que la demora en el trámite se haya producido por el desconocimiento de su deber de informar el NIP, sino que alegó circunstancias relacionadas con la naturaleza del procedimiento de portación numérica. De conformidad con los artículos 18 y 19 de la Resolución No. CRC 2355 de 2010, una de las causales por las que el administrador de la base de datos puede rechazar la solicitud de portación es la falta del NIP de confirmación para personas naturales usuarias del servicio móvil, o la falta de correspondencia de este con el número no geográfico de redes objeto de portación.

Además, no se encuentra explicación frente a que, a pesar de que presuntamente la entidad demandante no contaba con el NIP, el 14 de diciembre de 2013 inició nuevamente el trámite y este culminó satisfactoriamente con la portabilidad, cuando el referido NIP es un requisito esencial para la portación efectuada.

²⁹ Pág. 6, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

³⁰ Págs. 5 a 6, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

En ese orden de ideas, tal como lo afirmó la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos demandados, la parte actora no demostró la circunstancia invocada como limitante para dar curso normal a la solicitud de portación numérica móvil solicitada por el señor Héctor Leandro Rojas Serrano. Por lo tanto, no era una situación que debió ser tenida en consideración por la parte demandada.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el segundo argumento, este estrado judicial no desconoce que, la entidad accionante generó una nueva solicitud de portabilidad respecto de la misma línea el 14 de diciembre de 2013, al parecer oficiosamente, la cual culminó satisfactoriamente el 18 de diciembre de 2013, esto es, estando dentro de los 3 días hábiles contados a partir de la radicación³¹.

No obstante, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio no castigó la conducta de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. respecto de este trámite adelantado presuntamente de oficio, sino el iniciado con ocasión de la solicitud de 7 de diciembre de 2013, en la cual sí se excedió claramente el término previsto para el efecto en la norma reglamentaria. En consecuencia, la accionada no debía tener en consideración tal planteamiento.

Dicho sea de paso, de tenerse que haber analizado tal circunstancia, esta no modificaría el sentido de la decisión sancionatoria, en la medida en que, se reitera, la parte actora tenía hasta el 11 de diciembre para llevar a cabo el respectivo proceso de portación, pero no lo hizo, ni acreditó que su no culminación se haya debido al incumplimiento de los deberes del usuario en cuanto al suministro del NIP.

- *De la información al usuario sobre el trámite de su portación*

Como se estableció en el marco normativo, es un derecho de los usuarios que el proveedor receptor, en este caso Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., les informe del estado del trámite de su solicitud de portación.

La parte actora sostiene que mantuvo informado al usuario de su proceso de portación a través de mensajes de texto. Puntualmente en los descargos incluyó el siguiente pantallazo³², el cual fue reproducido en la demanda:

Prueba N°5. Soportes de notificación de los SMS enviados al cliente.

INSERTDATE	DISPATCHDATE	SMSOUTGOID	TARGETADDRESS	STATEDATE	SOURCEADDRESS	STATUS
14/12/2013 01:05:11 p.m.	14/12/2013 01:05:13 p.m.	591776	3004255819	14/12/2013 01:05:13 p.m.	88891	dispatched
17/12/2013 09:54:34 a.m.	17/12/2013 09:54:36 a.m.	593167	3004255819	17/12/2013 09:54:36 a.m.	88891	dispatched

En el escrito de descargos la parte demandante adujo que dichos mensajes de texto fueron enviados al momento de ingresar la solicitud de portación el 14 de diciembre de 2013, para confirmarle que la solicitud de portación se había iniciado con éxito; así como al momento de confirmar la aprobación el 17 de diciembre de 2013, informando que la ventana de cambio sería el 18 de diciembre de 2013.

Dicha afirmación sobre el contenido de los mensajes de texto no fue desvirtuada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por el contrario, por ejemplo, en la Resolución No. 79880 de 18 de noviembre de 2016 señaló que “los soportes de

³¹ Pág. 18, archivo “19061992—00040001”, subcarpetas “14-21097” - “08Folio191CDAntecedentesAdministrativos”.
³² Pág. 19, archivo “19061992—00040001”, subcarpetas “14-21097” - “08Folio191CDAntecedentesAdministrativos”.

notificación de los SMS enviados al cliente, remitidos por la sociedad investigada como prueba del cumplimiento de su obligación de informar contenida en el numeral 8.4.2. del artículo 8 de la Resolución CRC CRC 2355 de 2010, sólo logran demostrar cuál fue la información remitida al usuario dentro del segundo proceso de portabilidad adelantado por el usuario; por tanto, esta prueba no resulta conducente para desvirtuar el presunto incumplimiento imputado en la Resolución No. 16293 del 6 de abril de 2016”.

De acuerdo al aparte en cita, es claro que la accionada no sancionó a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por incumplir su deber de informar al usuario respecto del trámite adelantado con ocasión de la solicitud registrada el 14 de diciembre de 2013, sino frente al desplegado en virtud de la solicitud radicada por el usuario el 7 de diciembre de 2013.

Con todo, nótese que la Superintendencia de Industria y Comercio sí tuvo en cuenta la información enviada a través de los mensajes de texto enviados al quejoso de 14 y 17 de diciembre de 2013. Información que a juicio del Despacho no tiene la capacidad de desvirtuar la responsabilidad determinada en este caso respecto de la entidad demandante.

Sobre el particular cabe resaltar que, frente a la solicitud inicial presentada por el usuario el 7 de diciembre de 2021, una vez enviada la solicitud al administrador de la base de datos, la parte demandante debió informarle al señor Héctor Leandro Rojas Serrano el número de identificación de la petición de portación; de conformidad con la Resolución No. CRC 2355 de 2010 (art. 17).

Así mismo, si la solicitud de portación fue rechazada por el administrador de la base de datos o por el proveedor donante al realizar la verificación de los datos correspondientes, la parte demandante debió comunicarle al usuario tales decisiones, indicándole las razones suministradas por éstos, las cuales debían estar sustentadas en alguna(s) causal(es) prevista en los artículos 19 y 20 de la Resolución CRC 2355 de 2010.

Empero, como se relacionó anteriormente, solo hasta el 13 de diciembre de 2013, cuando el término para realizar todo el proceso ya se encontraba vencido, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. le comunicó al usuario que por errores internos la portabilidad no se había hecho. Y, luego el 4 de enero de 2014 le informó sobre el retraso en el trámite, sin suministrarle más explicación distinta a que se debió a la verificación de la información propia del procedimiento.

Debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución No. 3066 de 2011³³, la información que se suministre a los usuarios debe ser clara, transparente, necesaria, veraz, **anterior, simultánea, oportuna**, suficiente, comprobable, precisa, cierta y **completa**, atributos que no reúnen las comunicaciones enviadas al señor Héctor Leandro Rojas Serrano, en especial los que se resaltan por el Despacho.

Así las cosas, está debidamente probado que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. sí desatendió su deber de mantener informado del trámite al solicitante de la portación numérica de telefonía móvil.

5.3. ¿La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el debido proceso de la sociedad demandante, en virtud de que al parecer (i) desconoció el derecho de defensa de la entidad demandante, ya que no realizó un análisis adecuado del

³³ Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

material probatorio aportado; y, (ii) no manifestó ni sustentó los criterios que utilizó para imponer la multa, con lo cual desconoció el principio de proporcionalidad?

- Del análisis de las pruebas

Verificado el expediente administrativo se encuentra que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. aportó con los descargos y con el escrito de los recursos interpuestos en sede de la actuación sancionatoria, pantallazos relacionados con el trámite que le dio a la solicitud presentada por el señor Héctor Leandro Rojas Serrano y con los mensajes de texto que le envió para informarle del estado del mismo³⁴.

Dichas pruebas dan cuenta que (i) el 7 de diciembre de 2013 las 3:12 p.m. la parte demandante solicitó el NIP y a las 3:13 el administrador de la base de datos se lo envió al abonado del solicitante³⁵; (ii) el 14 y el 17 de diciembre de 2013 la parte actora le envió mensajes de texto al usuario para informarle sobre el inicio de la solicitud de portación y que la ventana de cambio sería el 18 de diciembre de 2013; y, (iii) el 18 de diciembre de 2013 se efectuó satisfactoriamente la portación.

Revisadas las Resoluciones Nos. 79880 de 18 de noviembre de 2016, 40073 de 30 de julio de 2017 y 71576 de 8 de noviembre de 2017, es posible concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio sí analizó y sopesó las referidas pruebas.

Sin embargo, se advierte que lo que ocurrió es que la referida entidad consideró que los elementos probatorios en cuestión no eran suficientes para desvirtuar que se habían excedido los términos del proceso de portación solicitado el 7 de diciembre de 2013 y que no se había mantenido informado al usuario sobre el estado de su trámite y, en consecuencia, tampoco eran adecuadas para desestimar los cargos endilgados.

A juicio del Despacho, la Superintendencia demandada llegó a tal conclusión luego de realizar el análisis adecuado de las pruebas aportadas por la parte demandante y por el quejoso. Esto, habida cuenta que, como se explicó en extenso previamente, tales documentales no demuestran que la demora en el trámite de portación haya sido imputable al usuario, ni que se le haya suministrado a este la información debida sobre el estado de su solicitud de 7 de diciembre de 2013.

Así las cosas, la parte actora no acreditó que existiera vulneración de su derecho al debido proceso, respecto de la valoración de las pruebas aportadas dentro de la investigación administrativa.

- De los criterios de imposición de la multa

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. alegó en la demanda que la entidad demandada no explicó cuáles fueron los criterios que utilizó para imponer la multa, no sustentó debidamente el daño o perjuicio generado dentro del presente asunto y no tuvo en cuenta los límites y criterios que las disposiciones legales han fijado para adoptar las determinaciones sancionatorias, puntualmente en el artículo 19 de la Ley 1266 de 2008, con lo que se desconoció el principio de proporcionalidad.

Previo a resolver sobre lo anterior, debe señalarse que el Despacho no pasa por alto que la apoderada de la parte demandante planteó en los alegatos de

³⁴ Págs. 17 a 20, 60 y 70, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

³⁵ Pág. 70, archivo "19061992—00040001", subcarpetas "14-21097" - "08Folio191CDAntecedentesAdministrativos".

conclusión que la Superintendencia de Industria y Comercio solo tuvo en cuenta uno de los 8 criterios de graduación de las sanciones previstos en la Ley 1437 de 2011 y omitió tener en cuenta los dispuestos como atenuantes en el artículo 67 parágrafo 1 de la Ley 1341 de 2009.

Sobre el particular debe indicarse que la legalidad de los actos demandados debe resolverse conforme a las pretensiones, argumentos, cargos y pruebas presentados en las oportunidades legales para el efecto, de tal manera que hayan sido sujetos a la contradicción de las partes.

En ese sentido, el fallador no puede tener en consideración aspectos que adicionen y/o modifiquen la causa petendi de la demanda, contenidos en los alegatos de conclusión, como en este caso que se adiciona un cargo de nulidad, toda vez que resultaría lesivo de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso de las demás partes.

En ese orden de ideas, el Despacho considera improcedente resolver las cuestiones propuestas por la parte actora en los alegatos de conclusión, en cuanto al desconocimiento de los artículos 47 del C.P.A.C.A y 67 parágrafo 1 de la ley 1341 de 2009, como quiera que es un cargo de nulidad de los actos demandados sobre el que ni la Superintendencia de Industria y Comercio, ni el tercero con interés, tuvieron oportunidad de oponerse.

Aclarado lo anterior, debe indicarse que el artículo 19 de la Ley 1266 de 2008³⁶ regula los criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para graduar las sanciones que imponga a quienes violen las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, las cuales versan sobre el hábeas data y el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.

Por consiguiente, en el presente caso no resultan aplicables los criterios dispuestos en la norma en mención, sino los establecidos en la Ley 1341 de 2009, aplicable de acuerdo a lo ordenado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el artículo 42 de la Resolución CRC 2355 de 2010. El artículo 66 de la Ley 1341 de 2009³⁷ prescribe lo siguiente:

"ARTÍCULO 66. 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."

Verificado el contenido de las Resoluciones Nos. 79880 de 18 de noviembre de 2016, 40073 de 30 de julio de 2017 y 71576 de 8 de noviembre de 2017, se extrae que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta todos y cada uno de los criterios previstos en la norma en cita. Es más, explicó ampliamente la manera en la que incidieron en la definición y graduación de la sanción.

³⁶ Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

³⁷ El artículo en cuestión fue derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019. Sin embargo, el Despacho tiene en cuenta dicha disposición, toda vez que se encontraba vigente para el momento de la imposición de la sanción enjuiciada.

En cuanto a la gravedad de la falta la parte demandada señaló que, con la infracción cometida, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. desconoció (i) el derecho del usuario de elegir libremente el proveedor de servicios de comunicaciones y de poder hacer uso de su número; (ii) el criterio orientador y principio rector del régimen de protección a los usuarios de comunicaciones referente a la información; y, (iii) el derecho de portabilidad numérica.

Frente al daño producido la accionada indicó que en el presente caso no es necesaria su concurrencia como elemento de la responsabilidad, teniendo como fundamento lo decantado por la Corte Constitucional en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores.

Respecto a la reincidencia la Superintendencia demandada precisó que no sería un criterio a considerar, dado que la parte demandante no había sido sancionada por la misma infracción.

Finalmente, en relación con la proporcionalidad entre la falta y la sanción la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que, según el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, la sanción de multa puede oscilar entre 1 y 2000 SMMLV. Así mismo, adujo que, de acuerdo con la gravedad de la conducta, debía imponerse una sanción que generara un reproche adecuado y proporcional ante las trasgresiones demostradas, teniendo en cuenta los ingresos operacionales de la parte demandante para el año 2013, para evitar que la sanción afecte ostensiblemente la operación financiera, de tal forma que resultara disuasoria pero no confiscatoria.

De lo esbozado es claro que, contrario a lo afirmado por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la parte demandada sí explicó cuáles fueron los criterios que tuvo en cuenta para determinar y graduar la sanción.

Ahora, para el Despacho no es de recibo el argumento según el cual la Superintendencia debía probar la existencia del daño para la imposición de la sanción. La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁸, sostuvo en un caso similar donde la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción de multa que, para imponer la sanción, no debían concurrir los cuatro elementos o criterios previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Así entonces, no es un requisito imprescindible para la imposición de la sanción que se pruebe la existencia de un daño o perjuicio, sino que este es un criterio que puede ser analizado o no, o como ocurrió en este caso, que fue estudiado, pero se determinó que no resultaba aplicable, lo que en últimas resultó favorable a los intereses de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., dado que no incidió negativamente o como agravante en la tasación de la multa.

³⁸ La referida providencia señaló: “Sobre el particular se advierte que los criterios que la Superintendencia de Industria y Comercio debió tener en cuenta para imponer la sanción de que se trata se encuentran previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009:

(...)

De la norma anterior se deriva que para imponer las sanciones respectivas deben tenerse en cuenta cuatro criterios, a saber: (i) la gravedad de la falta; (ii) el daño producido; (iii) la reincidencia en la comisión de los hechos; y (iv) la proporcionalidad entre la falta y la sanción; **lo que no implica que necesariamente deban concurrir los cuatro elementos de que se trata en un caso determinado.**

En el asunto objeto de análisis se puede apreciar que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró los criterios enlistados en los numerales 1, 2 y 4, pues tuvo en cuenta varios aspectos, algunos de ellos ya mencionados.

(...)

Por lo anterior, la Sala concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para imponer la sanción de multa que se analiza.” Sentencia de 1 de junio de 2017. Radicado 110013334006201300207-01. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano.

Finalmente, debe agregarse que la multa impuesta por valor de \$130.000.000 equivalentes a 200 SMMLV, no excede el límite de 2000 SMMLV previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009³⁹, sino que representa tan solo el 10% de tope máximo previsto por el Legislador, lo cual resulta razonable y proporcional de cara a las infracciones cometidas y a los fundamentos esbozados por la parte demandada al analizar los criterios de dosimetría previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Además, téngase en cuenta que el artículo 65 ejusdem también establece que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá, a manera de sanción, (i) ordenar la suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses; y, (ii) declarar la caducidad del contrato o la cancelación de la licencia, autorización o permiso. Sin embargo, la entidad demandada optó por imponer la sanción de multa, la cual resulta menos gravosa de cara al funcionamiento normal del proveedor de servicios de comunicaciones demandante.

En suma, la parte demandante no probó los cargos de nulidad que alegó en el escrito introductorio. Por contera, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

6. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 establece que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, frente a lo cual este Despacho entiende, que la obligación que se impone por parte de la norma únicamente está dada a que se lleve a cabo un análisis para establecer si procede o no una condena en tal sentido.

Así las cosas, acogiendo el criterio planteado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁰, se tiene que el artículo 103 del C.P.A.C.A. dispone que uno de los fines de los procesos que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico, motivo por el cual, para que proceda una condena en costas, no es posible tener únicamente el criterio de ser parte vencida en el proceso, sino que además deberán consultarse criterios que permitan evidenciar que en todo caso, se acudió a la jurisdicción sin motivos suficientes para ello, lo cual no se acredita en este caso.

Sumado a esto, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso⁴¹, en el expediente no aparecieron causados y probados los gastos en que pudo incurrir la parte demandada con ocasión de su

³⁹ "ARTÍCULO 65. 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 en cuestión fue derogado por el artículo 44 de la Ley 1978 de 2019. Sin embargo, el Despacho tiene en cuenta dicha disposición, toda vez que se encontraba vigente para el momento de la imposición de la sanción enjuiciada.

⁴⁰ Consultar sentencia de 30 de enero de 2019 proferida dentro del proceso No. 11001333603620150001502. M.P. María Cristina Quintero Facundo.

⁴¹ "Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: ... 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

defensa⁴².

7. OTRAS DETERMINACIONES

Se encuentra que la abogada Mariana Jaramillo López, presentó renuncia al poder que le fue otorgado para representar judicialmente a la Superintendencia de Industria y Comercio⁴³. Al respecto, el inciso 4° del artículo 76 del C.G.P. señala que “la renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”, requisito que no fue acreditado por la profesional del derecho, razón por la cual se le aceptará la renuncia al mandato.

Si bien con el escrito de renuncia la abogada en cuestión aportó comunicación fechada de 20 de agosto de 2021, con la que pretendió informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre su renuncia al poder, lo cierto es que dicho documento no cuenta con sello de recibido de la entidad o constancia de haber sido enviado por medios electrónicos a la misma, ni con cualquier otro elemento que permita determinar que efectivamente fue puesto en conocimiento del poderdante.

Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial 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, de acuerdo con la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER a la parte demandante el remanente que hubiese a su favor, previa liquidación por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

CUARTO: NO ACEPTAR la renuncia al mandato presentada por la abogada Mariana Jaramillo López, conforme a lo expuesto.

QUINTO: ARCHIVAR el expediente, una vez ejecutoriada la Sentencia, previas las anotaciones de rigor.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021, deberán enviar un ejemplar de sus actuaciones a los correos electrónicos de los demás sujetos procesales e intervinientes en el proceso, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P.

⁴² Al respecto, véanse las siguientes sentencias del Consejo de Estado: **1.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00022-01 (22160), Actor: Drummond Ltda., Demandado: Municipio de Becerril del Campo – Cesar, **2.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., cinco (05) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01278-00(REV.), Actor: Margélica de Jesús Vda. de Parra, Demandado: Municipio de Quibdó – Chocó y **3.** Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sala 27 especial de decisión, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, Bogotá D. C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), Recurrente: Carlos Ossa Escobar (Q.E.P.D.), Accionado: La Nación – Contraloría General de la República.

⁴³ Pág. 6, archivo “16RenunciaPoderSIC”.

PARÁGRAFO: Los memoriales dirigidos al presente proceso, deberán ser remitidos en medio digital, **ÚNICAMENTE** al correo electrónico de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos **correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co**, para su registro en el sistema informático Siglo XXI, **sin que sea necesaria** la radicación física de los documentos ni el envío al correo electrónico de este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN
Juez

LGBA

Firmado Por:

Lalo Enrique Olarte Rincon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
004
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5200f163a1c489b4bc5e2fa8ffe41319e85c8514db4bf6ae134af50585cf3b47**
Documento generado en 16/12/2021 08:34:57 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>