



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Consejero ponente:** *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., abril doce (12) de dos mil dieciocho (2018)

**EXPEDIENTE: 25000-23-24-000-2008-00198-01  
ACTOR: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A.  
E.S.P.  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS  
DOMICILIARIOS  
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones**

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la compañía Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P. (en lo sucesivo ETB), demandó para que, previo el trámite del procedimiento legal, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera: Que son nulas las Resoluciones No. SSPD-20073400012385 del 14 de mayo de 2007 por medio de la cual se impuso una sanción a la empresa por la suma de seiscientos ochenta y ocho millones quinientos sesenta y cinco mil doscientos treinta y tres pesos (\$688.565.233), y 2008340001175 del 18 de enero de 2008 a través de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la decisión anterior, en el sentido de disminuir la



sanción a trescientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$ 340.107.540).

Segunda: Que así mismo, como consecuencia de las declaraciones de nulidad solicitadas y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandante no está obligada a pagar el valor de las multas impuestas y se conmine a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a reintegrar la suma de trescientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$ 340.107.540), con sus respectivos intereses de mora que se causaran por el pago de esta multa efectuado el día 7 de febrero de 2008.

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes

## **2. Hechos**

Indicó que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios inició investigación formal contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, mediante pliego de cargos 200663400568351 del 12 de octubre de 2006, al parecer, por la presunta vulneración de normas a las que estaban sujetas por presunto incumplimiento por: i) la no confiabilidad de información reportada en el Sistema Único de Información SUI y, ii) desatender la obligación de suministrar los documentos requeridos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio y cumplimiento de sus funciones.

Sostuvo que mediante auto número 20063400612841 del 8 de noviembre de 2006, se comunicó a la empresa la apertura de pruebas, conforme a lo señalado en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994.

Destacó que la Superintendente Delegada para Telecomunicaciones, desestimó los argumentos de índole jurídico y fáctico esgrimidos por la ETB y expidió la Resolución 20073400012385 del 14 de mayo de 2007 por medio de la cual se impuso una sanción pecuniaria a la empresa por la suma de seiscientos ochenta y ocho millones quinientos sesenta y cinco mil doscientos treinta y tres pesos (\$688.565.233).



Comentó que, mediante escrito del 13 de julio de 2007, dentro del término legal, la empresa interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el acto administrativo que la sancionó y, mediante Resolución 2008340001175 del 18 de enero de 2008 se desató únicamente el de reposición, en el sentido de disminuir la sanción a trescientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$ 340.107.540).

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

Consideró que con los actos administrativos demandados se vulneraron los siguientes artículos: 4 y 93 de la Constitución Política, 81.2, y 113 de la Ley 142 de 1994 y el título VII, capítulo II de la misma ley, artículo 5, numeral 1 de la Ley 57 de 1887.

Como fundamento de su exposición formuló los siguientes cargos:

#### **1. Falsa motivación**

Expuso que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios comunicó a la ETB, mediante informe del 13 de marzo de 2006, que se llevaría a cabo la auditoría de la información del SUI *"in situ"* y requirió tener disponible la información fuente, base de datos y archivos del periodo 2002-2005 de los tópicos comercial, financiero y técnico operativo.

Destacó que no se especificaron los puntos sobre los cuales iba a recaer la auditoría. Ello es importante tenerlo presente porque contribuye a establecer que la muestra obtenida por la auditoría es ínfima frente al universo sobre el cual trabaja ETB.

Sostuvo que la mencionada auditoría la llevó a cabo la firma Sistemas 2000 Consultores Ltda., quienes mediante comunicación radicada en la secretaría general de ETB el 29 de marzo de 2006, impartieron las mismas indicaciones: *"tener disponible la información fuente de los años 2002 a 2005 en medio magnético y/o impreso"*, sin precisar mayor detalle y con la aclaración de que la visita se realizaría entre el 3 y el 7 de abril.



Expuso que en la visita realizada a las instalaciones de la Vicepresidencia Financiera, la auditoría delegada de la firma Sistemas 2000 Consultores Ltda., dio a conocer los registros a auditarse del tópico comercial que para el formulario “*facturación telecomunicaciones*” correspondían a 38 facturas, de lo que requirieron tener disponible en las comunicaciones enunciadas, es decir, del año 2002 al 2005.

Señaló que de las 1613 “*no conformidades*” expresadas por la auditoría, están relacionadas con el formulario “*facturación telecomunicaciones*”.

Resaltó que las cifras del formulario, están soportadas en cada una de las facturas generadas por la ETB a los cerca de 1'900.000 clientes que posee. Es decir, que la entidad vigilante con delegación en la firma auditora, requirió tener disponibles en medio magnético y/o impreso cerca de 91'200.000 facturas correspondientes a los años solicitados que equivalen a 22'800.000 facturas por año, para auditar solo 38 facturas.

Aseguró que de las 38 facturas en comentario, ninguna correspondió al año 2002. Para el año 2003, solo tomaron 12 facturas de dos meses del año y, para el 2004, fueron 20 facturas de tres meses, para finalmente en el año 2005, auditar solo 6 facturas de un solo mes.

Alegó que, al comparar la muestra con el total de facturas solicitadas, lo auditado corresponde sólo al 0,0000417% de los soportes del formulario. Este mismo cálculo, para la muestra del año 2003 sobre las facturas generadas da 0.000632%.

Indicó que si bien la Superintendencia sostiene que se informó con tiempo la visita “*in situ*” para que la ETB tuviera a disposición toda la información y que el operador conocía con exactitud el periodo que se revisaría y los tópicos a examinar, lo cierto es que se presentaron algunas irregularidades.



Comentó que la auditoría no fue planeada técnicamente, de manera que de una forma objetiva, imparcial y efectiva, la ETB pudiera atender la visita o demostrar la razonabilidad de lo reportado, pues la información requerida como sujeto de auditoría correspondía a las 91'200.000 facturas y que la muestra solo ascendía 38 de ellas.

Acusó que los costos en que hubiera incurrido la empresa para montar la información de los años solicitados, ascendería, según los cálculos hechos por el área respectiva, a los USD 79.400, más los costos no calculados del impacto sobre los clientes, al romper con los procesos de facturación que se estaban ejecutando, cifra que no estaba contemplada en el presupuesto operativo de la compañía.

Anotó que la SSPD no tuvo en cuenta la situación coyuntural que la empresa estaba atravesando: i) cambio del marco regulatorio, ii) atraso en la facturación y iii) cambio del sistema de facturación.

Sustentó que si bien no hay un término u oportunidad legal con la cual deben generarse las auditorías por parte de la entidad vigilantes, la ETB entregó, dentro de las posibilidades de su gestión para no incumplir con sus objetivos, la información requerida y que, si bien dictamina el informe auditor que el objetivo era "*in situ*" y que por tal razón cree que esta información no es confiable, vale la pena mencionar el principio de buena fe y la necesidad de evolucionar en el concepto de la auditoría tal como lo prevén las normas.

Expuso que la aplicación de dicha normativa tiene como fin que las empresas auditadas, de una forma razonable, objetiva y con una relación costo – beneficio, puedan brindar la información que se requiera para demostrar la integridad y confiabilidad de la información que procesa y es en ese sentido y alcance en el que se debe proceder cuando de esta clase de auditorías se trata.

Manifestó que el procedimiento realizado por la entidad demandada, no fue planeado técnicamente en beneficio de las partes ni bajo las normas de auditoría generalmente aceptadas para que se determine un presunto incumplimiento sobre la no confiabilidad de la información procesada en el sistema único de información SUI.



Mencionó que la multa impuesta está fuera de todo contexto dado que con la muestra auditada no existe evidencia suficiente para establecer con objetividad razonable la no confiabilidad de la información reportada en el formulario objeto de las no conformidades.

Aclaró que la empresa conoce las obligaciones que le imponen la Ley 142 de 1994, entre otras, la de brindar información a la entidad vigilante, con todo, en esta ocasión, se resalta que la auditoría realizada por la firma contratada bajo los lineamientos de la SSPD no se encontraba bajo la técnica y la oportunidad exigidas por las normas generales de auditoría ni dentro de los principios de economía y eficacia para desarrollar las funciones administrativas y que la ETB pudo haber incurrido en costos innecesarios que podrían ser vistos en un futuro como un detrimento patrimonial por las entidades de control fiscal.

## 2. Violación al debido proceso

Señaló que la entidad demandada desconoció esta garantía fundamental, al no conceder el recurso de apelación contra la decisión sancionatoria y limitarse a resolver únicamente el de reposición.

Anotó que la entidad demandada desconoció el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, que dispone los recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas, puntualmente que *“cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación”*.

Sostuvo que el argumento de la entidad para denegar el recurso de apelación se fundamenta en que, la Ley 489 de 1998 sobre organización y funcionamiento de entidades del orden nacional subrogó el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, en razón a que el tema de delegación de funciones administrativas no es un asunto propio del régimen de servicios públicos.



Argumentó que los actos administrativos demandados, expedidos por el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones, con fundamento en la teoría de la descentralización administrativa, debe entenderse como un fenómeno diferente a la delegación, pues existen dos grandes sistemas de administración, uno el de la centralización y otro el de la descentralización.

Explicó los conceptos de centralización y descentralización para precisar que, en este caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es una entidad descentralizada frente a los ministerios, pero centralizada respecto de su propia organización interna. Luego, al interior de esa entidad funcionan los sistemas de descentralización y delegación.

Puntualizó que la Ley 489 de 1998, no puede desbordar el marco conceptual normativo que le imponen preceptos de superior jerarquía como la Ley 142 de 1994, que es una ley especial.

Afirmó que la ETB dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución sancionatoria, expedida por el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones, pues de conformidad con el mandato del inciso segundo del citado artículo 113, al haber mediado delegación de funciones por parte del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, cabía contra ese acto del delegado el recurso de apelación, a pesar de que la resolución sancionatoria señaló que procedía solamente recurso de reposición ante el mismo funcionario.

Alegó que la sociedad actora fue sancionada pecuniariamente por el Delegado para Telecomunicaciones, quien, pese a que tiene superior jerárquico, como lo es el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, no tramitó el recurso de apelación aun cuando fue éste último quien delegó tales funciones y no el presidente de la República.

Insistió que no cabe duda que el procedimiento administrativo previsto en el capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994, resulta ser especial frente al procedimiento administrativo previsto en el



Código Contencioso Administrativo, el cual resulta de aplicación preferente de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del referido código.

Expuso el marco normativo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en consideración a la visión constitucional que sobre los mismos se plasmó en la Constitución de 1991.

Refirió un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>1</sup>, para precisar que, en dicho asunto, muy similar al que ahora se plantea, se desvirtuó la legalidad de los actos administrativos demandados, por violación al debido proceso, al rechazar el recurso de apelación siendo este procedente.

Anotó que, según lo expuesto por el referido Tribunal *“la norma es clara al señalar que cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al presidente de la República, contra los actos de los delegatarios cabrá el recurso de apelación”*.

### 3. Ausencia de proporcionalidad de la sanción y falta de reproche de culpabilidad.

Argumentó que el principio de proporcionalidad, constituye un postulado que, en cierta medida, racionaliza la actividad sancionatoria de la administración y evita que la autoridad desborde su actuación represiva al encauzar esta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa menos gravosa para el administrado.

Comentó que la SSPD a pesar de múltiples pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa sigue imponiendo sanciones con base en la llamada responsabilidad objetiva, que hoy en día está proscrita en nuestra legislación.

Resaltó que, conforme al artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, la sanción debe ser graduada atendiendo a factores objetivos, como son (i) la naturaleza y gravedad de la falta, (ii) el impacto de la

---

<sup>1</sup> Sentencia del 16 de noviembre de 2006. Expediente 250002324000200400706, con ponencia del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.





infracción sobre la buena marcha del servicio público y (iii) el factor de reincidencia.

Destacó que, especialmente debe hacerse alusión al criterio del impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, el cual no puede ser apreciado de manera arbitraria, sino que debe partir de un cálculo real del perjuicio eventualmente ocasionado a cada usuario, valoración que ciertamente no efectuó la SSPD, toda vez que no puede entenderse como podría apreciarse la afectación del servicio en términos monetarios, cuando previamente no se ha calculado el valor de los perjuicios causados al usuario, para lo cual, por demás, existe una directriz en el artículo 137 de la Ley 142 de 1994.

Alegó que si bien el artículo 81 de la referida ley, faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos para imponer sanciones a quienes desconozcan las normas a que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta, lo cierto es que, la sanción impuesta en este caso, rompe de plano todos los requisitos de dosimetría sancionatoria.

Sustentó que el concepto de proporcionalidad viene íntimamente ligado al de culpabilidad, por lo que la reacción punitiva ha de ser proporcional al ilícito, por ello no es posible, bajo razones de prevención general, imponer una sanción sin motivación en su proporcionalidad al amparo de una responsabilidad objetiva.

Sostuvo que al momento de imponer la sanción, el organismo facultado para ello debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta, evaluar el impacto de la infracción sobre la marcha del servicio público y registrar el factor de reincidencia. La determinación del monto de la misma debe entonces estar perfectamente sustentada en los hechos que encuentre probados y debe motivar la imposición de la sanción como en la evaluación de los parámetros que impone la ley para ello.

Aseguró que los actos demandados carecen de motivación y desconocen el principio de legalidad de las sanciones.



Recordó que, conforme a la Constitución, los ciudadanos solo son responsables por la violación de ésta y la ley, por lo tanto, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto de que se le imputa.

Afirmó que en este caso, la conducta por la cual se sanciona a la empresa demandante no corresponde a las normas legales preexistentes cuya violación se endilga.

4. Falta de competencia del funcionario que dictó el acto administrativo por caducidad de la facultad sancionatoria.

Explicó que la Superintendencia Delegada no tenía competencia para sancionar a la empresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la ley 142 de 1994.

Anotó que lo anterior en consideración a que dicha disposición sostiene que la decisión que ponga fin a la actuación debe dictarse dentro de los cinco meses siguientes al día en que se haya hecho la primera de las publicaciones que trata el artículo 108 de la misma ley.

Señaló que la Superintendencia inició de oficio la actuación administrativa y la misma solo se comunicó a la demandante a través de escrito del 12 de octubre de 2006 y que, mediante auto del 8 de noviembre de 2006, se informó a la empresa la apertura de pruebas, conforme a lo señalado en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994.

Aseguró que la entidad tenía plazo para proferir la decisión hasta el 8 de abril de 2007, de manera tal que al proferirla el 18 de enero de 2008, ya había perdido su competencia.

Comentó que en consideración a que la Ley 142 de 1994 se ocupó de regular expresamente los procedimientos administrativos, en el capítulo II, no es posible aducir que los procedimientos administrativos sancionatorios quedan excluidos por su naturaleza de éste régimen rigiéndose en materia de caducidad de la facultad sancionatoria por el artículo 38 del CCA, pues en tal caso, se olvida



que la Ley 142 de 1994 constituye un régimen especial que expresamente ha contemplado un término perentorio de cinco (5) meses, luego de iniciada la respectiva actuación administrativa para que la administración adopte la decisión definitiva sin distinguir si se trata de un procedimiento constitutivo de un derecho o impositivo de una obligación o sancionatorio.

#### 4. Contestación de la demanda

Por intermedio de apoderada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho.

##### 1. Falsa motivación

Sostuvo que frente a este cargo resulta del caso precisar que, tal y como lo señalan los actos administrativos objeto de debate y como se encuentra acreditado en la actuación administrativa que concluyó con la imposición de la sanción, mediante comunicación radicada 20063000151101 del 9 de marzo de 2006, el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones notificó a la accionante de la práctica de la auditoría *"in situ"*, en lo que tenía que ver con la información reportada al Sistema Único de Información SUI.

Mencionó que en dicha comunicación le informó sobre los temas que iban a ser objeto de verificación: *"calidad de la información reportada y certificada al SUI, contrastado mediante muestreo, información de los tópicos, financiero, comercial y técnico- operativo con la información disponible en las empresas"*.

Destacó que, asimismo, se señalaron de manera clara y precisa cada uno de los requerimientos que debía observar la empresa para atender la visita de los auditores, entre otros: *"tener disponible la información fuente, bases de datos y archivos del periodo 2002-2005 de los tópicos comercial, financiero y técnico operativo"*.



Anotó que dichos tópicos conocidos de antemano por las empresas de servicios públicos domiciliarios objeto de vigilancia y control, pues es clara su obligación de efectuar reportes a la entidad y en esa medida, el universo de aspectos sobre los cuales versaría la auditoría estaba definido.

Expuso que se encuentra acreditado que mediante comunicación remitida por la firma auditora Sistemas 2000, se le informó a la ETB que atendiendo al memorando radicado bajo el número 20063000151101 del 9 de marzo de 2006 suscrito por el superintendente delegado, para la práctica de la auditoría debería *“tener disponible la información fuente de los años 2002 a 2005 en medio magnético y/o impreso que sirvieron de base para generar la información enviada al SUI”*.

Afirmó que la demandante conoció de forma oportuna la información que debería tener disponible para la práctica de la auditoría y en esa medida, no puede alegar un presunto desconocimiento de su obligación en tal sentido.

Aclaró que en ejercicio de sus funciones de vigilancia, control e inspección la entidad ni siquiera tiene la obligación de informar previamente a las empresas que realizará las visitas, pudiendo hacerlas de manera sorpresiva si así lo estima conveniente. Con todo, en este caso la entidad informó previamente a la accionante respecto del procedimiento, de los tópicos a revisar, de los años que comprendía y del tipo de información que tendría que estar disponible para la práctica de la auditoría.

Argumentó que el numeral 8 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, dispone textualmente que dentro de las funciones de la Superintendencia se encuentra la de *“solicitar los documentos, inclusive contable, y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones”*, así, en cumplimiento de dicha función se concluye que la citada visita no fue sorpresiva, fue debidamente comunicada y se explicó cuál sería su objeto.



Apuntó que no puede olvidarse que otra de las competencias señaladas en cabeza de la entidad, se encuentra la consagrada en el numeral 22 del artículo 79 ibídem, que dispone que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le compete *“verificar la consistencia y calidad de la información que sirve de base para efectuar la evaluación permanente de la gestión y resultados de las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, así como de aquella información del prestador de servicios públicos que esté contenida en el Sistema Único de Información de los servicios públicos”*.

Sustentó que en lo que tiene que ver con el hecho de que la muestra base de la auditoría ascendió solo a 38 de las 91.200.000 facturas solicitadas, es preciso decir que la auditoría fue debidamente planificada y ejecutada con base en una muestra de registros representativos, escogidos aleatoriamente, lo cual, desde el punto de vista estadístico, es perfectamente viable y válido, no requiriendo auditar todos y cada uno de los registros, lo cual sería ineficiente.

Manifestó que en cumplimiento de la obligación del Estado de regular, controlar y vigilar los servicios públicos domiciliarios, se expidió la Ley 689 de 2001 mediante la cual se le asignó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la función de establecer, administrar, mantener y operar un sistema único de información para los servicios públicos domiciliarios SUI, con el fin de evitar la duplicidad de la información requerida a los prestadores de servicios públicos, teniendo en cuenta las necesidades y requerimientos de información de las Comisiones de Regulación, los Ministerios y demás organismos gubernamentales.

Destacó que, con base en lo anterior, es de suma importancia para la SSPD garantizar la confiabilidad de la información con el fin de que el Estado pueda asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios.

Indicó que es clara la obligación que recae en cabeza de las prestadoras de suministrar información confiable y oportuna al sistema, así como la que existe en cabeza de la Superintendencia



de administrar el SUI y, además, de verificar la confiabilidad de la información, lo cual supone unos costos asociados que deben asumir de parte y parte, costos que por demás no fueron demostrados en la investigación administrativa.

Anotó que frente al nuevo marco tarifario contenido en la Resolución 1250 de 2005, mediante la cual modificó el Título V de la Resolución 087 de 1997, éste tiene su origen en la competencia de la CRT para establecer metodologías y fórmulas tarifarias que deben cumplir los operadores regulados, de acuerdo con las reglas definidas en el artículo 87 de la ley 142 de 1994, específicamente, la obligación de diseñar las metodologías tarifarias con sujeción a los principios de eficiencia económica, suficiencia financiera, simplicidad, transparencia, solidaridad y neutralidad.

Expuso que en atención a tal disposición, se determinó que las empresas prestadoras deberían implementar los mecanismos tendientes a dar ejecución al enunciado acto administrativo, para lo cual se les concedió un plazo máximo de implementación, precisando que, en el evento de no poder cumplir con dicho señalamiento para el día 1 de abril de 2006, deberían a más tardar el 1 de agosto de 2006, enviar a la CRT el listado de las centrales que ofrecían dificultad para la medición del consumo con el fin de que la Comisión de Regulación decidiera acerca de la viabilidad de la ampliación del plazo.

Relató que respecto del atraso de la facturación, la Superintendencia abrió investigación administrativa contra la ETB, pues la empresa durante casi tres años consecutivos presentó serios retrasos en la facturación, por lo cual se sancionó a la empresa. Así, la imposición de la sanción en esa oportunidad se debió al incumplimiento de otras obligaciones, que no pueden ser tenidas como factor eximente de responsabilidad frente a su omisión de reportar la información al sistema SUI, pues este era un deber conocido por la demandante, independientemente de las circunstancias que se dieron para la época con la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones en materia tarifaria expedidas por la CRT.



## 2. Violación del debido proceso por rechazar el recurso de apelación

Resaltó que frente a este cargo, era preciso señalar que la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, ha sostenido que, corresponde a la ley determinar los recursos que proceden contra los actos de los delegatorios según el artículo 211 de la Constitución, y que este precepto se encuentra reglado por la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

Comentó que el inciso primero del artículo 12 de la citada ley se dispone que los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

Explicó que, si bien es cierto que la Ley 142 de 1994 consagra un régimen propio en materia de servicios públicos domiciliarios, no puede pretenderse su aplicación preferente en cuanto corresponde al trámite de los recursos en vía gubernativa, toda vez que la especialidad de la mentada ley se predica respecto de asuntos relacionados directamente con los servicios públicos domiciliarios y no en relación con aspectos distintos, como el tema de los recursos, materia sustancialmente procesal y que tiene que ver con la ritualidad del procedimiento de la vía gubernativa.

Afirmó que, dado que el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 es posterior y regula de conformidad con lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política la materia específica de la delegación de funciones en las entidades del orden nacional, subroga la disposición de la Ley 142 de 1994, además porque estas normas de procedimiento son de aplicación inmediata según lo establece el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Refirió el artículo 12 de la ley en comento que establece que *“los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la*



*autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas”.*

Mencionó que, por ser norma posterior y la norma especial en materia de delegación de funciones en las entidades del orden nacional, como lo es la Superintendencia de Servicios Públicos, para el caso en concreto debe darse aplicación a lo previsto en la Ley 489 de 1998, en cuyo artículo segundo establece que ésta se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público, y a los servidores públicos que tengan la titularidad de la administración pública o prestación de servicios públicos.

Estableció que la Ley 153 de 1887, frente a las reglas generales de la validez y aplicación de las leyes, determina, en su artículo 3, que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, por lo que en virtud de esta norma de interpretación se aplica el artículo 12 de la ley 489 de 1998.

Puntualizó que desconocer esa interpretación implica desatender los principios de economía, celeridad, eficacia, desconcentración, descentralización y delegación de funciones previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Alegó que varios pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, le dan la razón a la entidad, al señalar que en materia de delegación de funciones se aplica la Ley 489 de 1998, sin que ello implique que en materia de servicios públicos domiciliarios se esté invadiendo la regulación especial que se rige por la Ley 142 de 1994, puesto que en lo concerniente a la organización y funcionamiento de las entidades administrativas, es la Ley 489 de 1998 la que regula el tema.

Adujo que, de acuerdo a lo anterior, se puede afirmar que no se ha configurado una violación al debido proceso y mucho menos se ha desconocido el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, pues se aplicó en debida forma el procedimiento establecido para resolver la investigación administrativa en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, dado que legalmente no era





procedente conceder el recurso de apelación respecto de la decisión que la sancionó con la imposición de una multa.

### 3. Falta de reproche de culpabilidad o ausencia de proporcionalidad sancionatoria

Argumentó que en lo referente al tercer cargo, debe tenerse en cuenta que la determinación del régimen legal de responsabilidad aplicable a la facultad sancionatoria administrativa ha sido, y sigue siendo, una discusión abierta entre los que consideran, por una parte, que dicho régimen se adscribe a un sistema objetivo y los que consideran, de otra parte, que el régimen legal aplicable es el de la responsabilidad subjetiva.

Expuso que en Colombia, la doctrina mayoritaria considera que la responsabilidad debe ser objetiva, esto es, sin consideración alguna a los elementos subjetivos del dolo o culpa. No obstante ello, algún sector como la Corte Constitucional, ha considerado que en algunos casos esa responsabilidad debe considerarse subjetiva y por ello no se puede prescindir del elemento de la culpabilidad.

Destacó que en lo que tiene que ver con el ejercicio de la facultad sancionatoria en materia de servicios públicos domiciliarios la disputa parece estar zanjada, en virtud de lo dispuesto en el último literal del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 que señala:

*“Las sanciones que se impongan a personas naturales se harán previo el análisis de la culpa eventual responsable y no podrán fundarse en criterios de responsabilidad objetiva”.*

Sustentó que de acuerdo con lo transcrito, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la SSPD tiene una prohibición expresa acerca del régimen de responsabilidad objetiva en aquellos casos en que el investigado y potencial sancionado, sea una persona natural, por lo que se deduce con absoluta facilidad, que tratándose de personas jurídicas, es perfectamente válida la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo frente a incumplimientos o contravenciones del régimen constitucional, legal y reglamentario de los servicios públicos domiciliarios.



Afirmó que la disposición en comento faculta a la SSPD para decantarse por el régimen de responsabilidad que estime pertinente frente a las personas jurídicas infractoras del ordenamiento legal referido a los servicios públicos.

Explicó el marco y la diferencia de los regímenes de responsabilidad objetivo y subjetivo, para señalar que, en lo que atañe a los servicios públicos domiciliarios, se asume que la responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos es objetiva, mientras que la de particulares es, por expresa disposición legal, subjetiva.

Indicó que la SSPD tiene la facultad de imponer, entre otras, las sanciones de amonestación, multas, orden de suspender de inmediato todas o algunas actividades del infractor, el cierre de los inmuebles utilizados para desarrollar la actividad de prestación, la orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos e inhabilidad para trabajar en empresas similares hasta por 10 años y la toma de posesión de la empresa prestadora.

Insistió que, solo cuando se trate de personas naturales, existe una exigencia de que el régimen de responsabilidad aplicable sea el subjetivo.

Arguyó que lo anterior encuentra plena justificación en el hecho de la importancia social que tienen las empresas de servicios públicos frente a sus usuarios, y en las especiales afecciones de que estos últimos pueden ser víctimas en caso de incumplimiento por parte de las ESP de la regulación a la que se encuentran sujetas.

Reiteró que, es posible entonces el ejercicio de la facultad sancionatoria, tratándose de servicios públicos domiciliarios, con fundamento en la responsabilidad objetiva, siempre y cuando se le brinde al investigado un proceso garantista del debido proceso constitucional.



Sintetizó que en el ejercicio de la potestad sancionatoria en servicios públicos domiciliarios, es legal el desarrollo de estructuras procesales fundamentadas en el principio de responsabilidad objetiva porque: i) este es el régimen de responsabilidad aplicable en derecho administrativo, ii) la Ley 142 de 1994 solo excluye la utilización de este régimen frente a personas naturales y, iii) la proscripción de la responsabilidad objetiva hecha por la jurisprudencia constitucional se ha referido, en todos los casos, a personas naturales frente a las que les es aplicable el concepto de culpabilidad.

Explicó que en lo alusivo a la sanción impuesta en contra de la demandante, tal y como se sostuvo en el acto administrativo acusado, ésta estuvo ajustada a los presupuestos legales en tal sentido, pues se trató de una omisión calificada como grave que devino en el incumplimiento de las funciones propias del Estado en materia de prestación de servicios públicos, toda vez que la entidad no halló confiabilidad en el 39% de la información auditada, información que no solo es de uso de la entidad sino de otros organismos por lo que la multa estuvo más que justificada.

4. Falta de competencia del funcionario que dictó el acto administrativo para imponer la sanción por caducidad de la facultad sancionatoria.

Manifestó que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, hace parte del capítulo denominado "*de los procedimientos administrativos para actos unilaterales*", dentro del cual, el artículo 106 indica que las reglas del mismo se aplican en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir actos administrativos unilaterales que den origen al cumplimiento de la misma Ley 142 y que no hayan sido objeto de normas especiales. En consecuencia, la norma especial que regula la caducidad de la facultad sancionatoria es precisamente el Código Contencioso Administrativo en su artículo 38.

Aclaró que, si bien es cierto el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 señala que las decisiones que pongan fin a las actuaciones administrativas deberán adoptarse dentro de los cinco (5) meses



siguientes a la primera de las publicaciones o citaciones, es decir, una vez iniciado el procedimiento administrativo, lo cierto es que no indica cuál es el término de caducidad de la acción sancionatoria, por lo que tratándose de una competencia típicamente administrativa, lo procedente es dar aplicación a lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, esto es, tres (3) años.

Aseguró que el artículo 111 referido, no es una norma de contenido preclusivo, perentorio o prescriptivo de la facultad para sancionar que tiene la Superintendencia, sino que establece un término a efectos de procurar la gestión y eficiencia de los procedimientos administrativos por parte de los encargados de tramitarlo, cuyo incumplimiento sólo podría generar consecuencias administrativo – disciplinarias para dichos funcionarios, pero que como se anota no hace caducar la posibilidad de sancionar a quien es investigado.

Refirió un precedente del Consejo de Estado para señalar que según el máximo órgano de lo contencioso administrativo, la Ley 142 de 1994 no regula lo concerniente a la caducidad de la facultad sancionadora, lo cual obliga a la remisión al Código Contencioso Administrativo que en su artículo 38 dispone que ésta caduca al cabo de tres años de producido el acto que pueda ocasionarlos.

## **5. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia del 17 de septiembre del 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda.

En apoyo de esa decisión expresó, en resumen, lo siguiente:

Sostuvo que de los cargos elevados por la demandante, se puede denotar que estos hacen alusión a las siguientes razones a saber: i) la falsa motivación de los actos administrativos demandados, toda vez que la auditoría se realizó sin observación de las normas legales ni técnicas que regulan la materia, ii) violación al debido proceso y derecho de defensa, al no concederse el recurso de apelación por aplicación al artículo 12 de la Ley 489 de 1994, iii) ausencia de proporcionalidad sancionatoria que viola el principio de



legalidad por no motivar la sanción y iv) falta de competencia del funcionario que dictó el acto administrativo por configurarse la caducidad de la facultad sancionatoria contenida en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994.

Indicó que respecto al primer cargo, era preciso destacar los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, que esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de la voluntad de la administración, los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión.

Indicó que al revisar la normatividad aplicable se encuentra que el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 establece que entre las funciones de la SSPD está la de establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Destacó que la Ley 43 de 1990 referenciada por el demandante, reglamenta la profesión de contador público y resulta aplicable al manejo y ejecución de la auditoría realizada por la firma auditora Sistemas 2000 contratada por la Superintendencia de Servicios Públicos.

Determinó que al estudiar los antecedentes administrativos obrantes en el plenario, se aprecia que la auditoría efectuada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la ETB, cumplió con los requisitos establecidos en las Leyes 43 de 1990 y 142 de 1994, en tanto que se le informó el tema, los objetivos, los alcances y la planificación previa de la auditoría.

Señaló que la ETB S.A. E.S.P. tenía pleno conocimiento de la información requerida para la auditoría, razón por la que no puede



desconocer la obligación impuesta respecto a tener disponible los datos para la visita del ente de control.

Manifestó que sobre la situación coyuntural de la empresa al momento de la visita, se avizora que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sabía de los mecanismos que ETB venía implementando, sin embargo, si bien se percibían cambios en la facturación, al momento de la auditoría la empresa estaba obligada a contar con los mecanismos suficientes para asegurar su información y su disponibilidad, pues la empresa supo que en dicha fecha se llevaría a cabo la auditoría, por lo tanto era su deber prever la solución más eficaz para solucionar los inconvenientes que se presentaron.

Apuntó que si bien es cierto que para el momento de la auditoría, la empresa estaba implementando los dispositivos tendientes a cumplir la Resolución 1250 de 2005, la misma en su artículo 11 dispuso un plazo para la implementación hasta el 1 de abril de 2006 y la auditoría se realizó los días 3, 4, 5 y 6 del mismo mes, de manera que, si la ETB requería la ampliación del plazo debió contar con una autorización de la CRT.

Sustentó que se evidencia también que la demandada, concedió un plazo de tres días para enviar la información complementaria, sin embargo, esto se realizó extemporáneamente y de forma parcial como se observa mediante oficio GAC 05- 064 – 2006, incluso la entidad prorrogó la práctica de la diligencia de inspección para el 5 de febrero de 2007, aproximadamente un año después de la auditoría donde tuvo la oportunidad de complementar la información como lo indica la superintendencia, pero como obra en el acta de diligencia de inspección, se limitó a recibir los testimonios de algunos ingenieros que justificaban las razones por las cuales no fue posible entregar la información a tiempo.

Anotó que no está probado que la ETB no disponía de la información requerida debido a los costos que le generaría al interrumpir el proceso de facturación, pues se limita a mencionar este argumento pero sin allegar prueba alguna de su evidencia.



Arguyó que, en relación a que en la auditoría solo se tuvieron en cuenta 38 de las 91.200.000 documentos auditados del tópico comercial como lo afirma el demandante y que lo relaciona en un cuadro de registros, no se encuentra evidencia dentro del expediente, toda vez que, de los antecedentes administrativos, en los que reposa el informe efectuado por la firma auditora, lo que se extrae es que el número de datos auditados del tópico comercial fueron 2055 de los cuales resultaron 1613 no conformes, de lo que se colige que más del 50%, exactamente el 78% de la muestra, resultó no conforme.

Resaltó que en lo relativo al segundo cargo, se encuentra que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de conformidad con lo indicado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Mencionó que respecto a la procedencia o no del recurso de apelación propuesto por la actora contra el acto administrativo sancionatorio, se tiene que las normas que se controvierten son el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 que prevé que contra las decisiones de las autoridades delegatarias proceden los mismos recursos que contra los expedidos por la autoridad delegante y el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 que dispone que frente a las decisiones expedidas por el Superintendente de Servicios Públicos solo procede el recurso de reposición.

Indicó que la discusión antes señalada se zanjó por el Tribunal en pronunciamientos anteriores, en el sentido de precisar que se debe aplicar el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, por cuanto éste subrogó en forma tácita el artículo 113 de la Ley 142 de 1994.

Señaló que a lo anterior se suma que, si bien la Ley 142 de 1994 tiene un carácter especial y por tanto prevalece sobre cualquier otro régimen que regula el mismo tema tratándose de los servicios públicos domiciliarios, también resulta cierto e incontrovertible que la Ley 489 de 1998, es norma especial en relación al tema de la delegación en las entidades, en virtud de la que los actos del delegatario serán susceptibles de los recursos que procedan contra los actos del delegante, de modo que debe primar la última



disposición citada al corresponder el problema jurídico planteado a un asunto de carácter procesal más no sustancial como lo constituyen la interposición de los recursos.

Explicó que en virtud de lo manifestado por el Consejo de Estado, la facultad de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia sancionatoria, no le fue delegada por el presidente de la República sino que la misma le ha sido otorgada de manera directa por la Constitución y la ley, motivo por el que la facultad de sancionar recae directamente en el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, quien en virtud de lo expresado por el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, puede delegar su competencia.

Sostuvo que desde esa óptica normativa y jurisprudencial, no existe violación del debido proceso al negar el recurso de apelación interpuesto por la ETB ante la SSPD.

Indicó que en este caso, las resoluciones demandadas fueron emitidas por la Superintendencia Delegada para las Telecomunicaciones, quien actuó en virtud de delegación y como autoridad delegataria, como si fuera el mismo Superintendente de Servicios Públicos, es decir, no se trata en este asunto de negar la pluricitada figura de la doble instancia, sino que la Superintendente Delegada para las Telecomunicaciones actuó en calidad de autoridad máxima del ente de control, como se indica en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 y, en tal medida, contra su decisión no cabe el recurso de apelación por disposición expresa de la ley, de manera que se configura la excepción a la norma.

Advirtió que no se encuentra que la entidad demandada haya vulnerado el debido proceso en la actuación administrativa adelantada con el fin de resolver una investigación formal de cara al incumplimiento en materia del Sistema Único de Información, toda vez que al encontrarse demostrado que la entidad acusada permitió la interposición del recurso de ley, desatándolo igualmente en forma motivada, queda en evidencia el trámite regular de la actuación administrativa.





Determinó que respecto al tercer cargo, esto es, falta de reproche de culpabilidad o ausencia de proporcionalidad sancionatoria, se debía precisar que, corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos en virtud de lo consagrado en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y de acuerdo al artículo adicionado 14, de la misma ley, vigilar y administrar el sistema de información SUI.

Aclaró que el artículo 81 de la Ley 142 de 1994 estatuye que, al momento de graduar la penalidad a imponer, se atenderá a los siguientes factores: i) al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y ii) la reincidencia.

Manifestó que de los hechos que originaron la multa que se discute, se tiene que en la auditoría realizada se encontraron irregularidades cometidas por ETB informando que fueron hallados 1614 datos no conformes tomados de la muestra reportada en el SUI, posteriormente, el operador presentó de manera extemporánea y parcial los soportes con los cuales la empresa no contaba al momento de la auditoría según el memorando del 15 de septiembre de 2006.

Señaló que la demandante no cumplió los parámetros establecidos en la visita realizada por la Superintendencia, en la medida que es deber del ente de control verificar la información de las empresas prestadoras del servicio tal y como lo dispone el artículo 53 de la Ley de servicios públicos, norma que se ve trasgredida por la empresa al no suministrar oportunamente la información.

Estableció que de las pruebas que obran en los antecedentes se observa claramente que en oficio 2006-529-016961-2 del 12 de mayo de 2006 la ETB entregó los registros faltantes en la auditoría de los años 2003, 2004 y 2005 de lo que se concluye que efectivamente existió una entrega extemporánea de la información al presentarla semanas después de la mencionada auditoría, toda vez que si bien en el acta contenida en el folio 118 el auditor informa que se pueden presentar documentos complementarios o soportes adicionales, debían ejecutarse dentro de los 3 días hábiles



siguientes a la realización de la auditoría no cinco semanas después como ocurrió en este caso.

Puntualizó que si bien se expusieron las razones por las cuales hubo lugar a un tardío cumplimiento en la entrega de la información requerida, ello no resulta suficiente para justificar el desacato a una disposición legal como causal eximente de responsabilidad, y que, además, se limitó a esbozar como argumento de defensa el acatamiento a la decisión de la Superintendencia, pretendiendo así evadir su responsabilidad frente al ente de control.

Consideró que de acuerdo con las facultades legales y lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, se evidencia que esta ley no dosifica las sanciones para cada falta, pero si dota al ente sancionador con la facultad discrecional para fijar el monto y la graduación de la multa quien debe realizar una valoración racional, manteniéndose dentro de los parámetros de proporcionalidad.

Sostuvo que la imposición de la sanción se debió al desconocimiento de una orden impartida por la entidad demandada, la cual es objeto de sanción, que en últimas afecta la buena marcha en la prestación del servicio.

Expuso que en relación con la proporcionalidad, se encuentra que la multa se tasó en pesos, en trescientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$340.107.540) y atendiendo a que el salario mínimo para el año 2007, año de expedición de los actos acusados, correspondía a cuatrocientos treinta y tres mil setecientos pesos (\$433.700) y el máximo punitivo de acuerdo con el artículo 81. 2 de la ley 142 de 1998, corresponde a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al realizar la operación matemática, se encuentra que la sanción consistió en 782 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007, de lo que se colige la razonabilidad, ponderación y proporcionalidad de la medida.

Adujo que finalmente, en lo que corresponde a la falta de competencia por caducidad de la facultad sancionatoria, resulta del caso precisar que la normatividad aplicable es el artículo 38 del



Código Contencioso Administrativo y no como erróneamente lo considera la parte actora, el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, ya que esta es una norma que establece el término que tiene la Superintendencia para decidir una vez analizados los supuestos de hecho y de derecho.

Comentó que es necesario y adecuado efectuar un estudio pormenorizado de las pruebas allegadas al proceso, en especial las fechas a partir de las que inicia el término para computar los tres (3) años que tiene la administración para que la decisión adoptada quede en firme y ejecutoriada, es decir, para el caso bajo examen, el término cuenta desde la fecha que la administración conoció de la conducta sancionada, hasta cuando se hayan resuelto los recursos impetrados y estos hayan sido notificados en debida forma al administrado, sujeto pasible de la sanción.

Concluyó que dentro de las pruebas obrantes en el plenario, consistente en los antecedentes administrativos que dieron origen a la sanción, se constata que en virtud de la auditoría llevada a cabo los días 3, 4, 5 y 6 de abril de 2006, se evidenciaron las falencias en el Sistema Único de Información que consistieron en 1614 datos no conformes, que no contó con los soportes necesarios al momento de la auditoría y la entrega extemporánea de la información del memorando del 15 de septiembre de 2006, conductas que dieron origen a la investigación que concluyó con la Resolución SSPD 2008340001175 del 18 de enero de 2008, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, decisión que fue notificada el 24 de enero de 2008, de lo cual puede advertirse que no pasaron más de 3 años.

## **6. La impugnación**

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia. Como fundamento del recurso expresó lo siguiente:

Insistió en que sí hubo falsa motivación en los actos administrativos demandados, toda vez que a la sociedad actora nunca se le



especificó el universo de los puntos sobre los cuales iba a recaer la auditoría *"in situ"*.

Arguyó que la auditoría no fue planeada de forma técnica, es decir, de manera tal que de forma objetiva, imparcial y efectiva, la sociedad actora pudiera demostrar la razonabilidad de lo reportado.

Destacó que no se puede dejar de lado el hecho consistente en que los costos en que hubiera incurrido la sociedad demandante para montar la información de los años solicitados ascendería, según los cálculos realizados por el área respectiva, a USD\$ 79.400, más los costos no calculados del impacto sobre los clientes al romper con los procesos de facturación que estaban en ejecución.

Alegó que la SSPD no tuvo en cuenta la situación coyuntural por la que la accionante estaba atravesando, que incluía situaciones como: cambio del marco regulatorio, atraso en la facturación, cambio del sistema de facturación, situaciones que igualmente estaban siendo monitoreadas por la misma entidad y sobre las cuales también había suscrito la ETB un plan de mejoramiento al cual se debía dar cumplimiento y que como punto principal estaba el de dar continuidad al proceso de facturación para ponerse al día con los usuarios.

Reiteró que la Superintendencia de Servicios Públicos no tuvo en cuenta una normatividad preferente que debe aplicarse, por lo tanto violó el derecho de defensa y el debido proceso, por el desconocimiento del proceso administrativo consagrado en el capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994.

Indicó que la entidad demandada dio aplicación a la Ley 489 de 1998 para no conceder el recurso de apelación, en tanto que dicha normativa subrogó el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, en razón a que el tema de delegación de funciones administrativas no es un asunto propio del régimen de servicios públicos.

Anotó que según la SSPD los actos del delegatario se someten a los mismos presupuestos para su expedición que los actos de la



autoridad delegante y previene que serán susceptibles de los mismos recursos como si los hubiera proferido el propio delegante.

Mencionó que el artículo 113 de la ley 142 de 1994, tiene aplicación preferente sobre el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, por consagrar una disposición especial en materia de delegación de funciones en asuntos de servicios públicos domiciliarios, mientras que la Ley 489 de 1998 se ocupa de reglamentar también por mandato constitucional, el régimen general de la delegación de funciones.

Sustentó que en aplicación del principio de especialidad, consagrado en el artículo 5, numeral 1 de la Ley 57 de 1887, que señala que la disposición relativa a un asunto especial prefiera a la que tenga carácter general, es evidente que prima la aplicación del inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, y por ende, contra los actos de los delegados del Superintendente de Servicios Públicos, sí procede el recurso de apelación, interpretación favorable a la que además debió darle prioridad el juez de primera instancia.

Estableció que en todo caso, la sanción debió graduarse atendiendo a factores objetivos como son: i) la naturaleza de la gravedad de la falta, ii) el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y iii) el factor de reincidencia.

Comentó que la falta de valoración de criterios objetivos para decidir la imposición de multas, se hace evidente por parte de la Superintendencia, en las resoluciones expedidas por la misma entidad, cuando en casos similares, supuestamente debía imponerse una misma sanción, se observa que no tiene definida una valoración al respecto, lo que conduce a la aplicación de criterios subjetivos y caprichosos, soslayando el precepto legal en que debe sustentar y ponderar la sanción.

Apuntó que de conformidad con el artículo 111 de la ley 142 de 1994, la entidad demandada contaba con cinco (5) meses para ejercer su facultad sancionatoria, los cuales fueron ampliamente sobrepasados, de manera que perdió la competencia para sancionar a la demandante.



## **7. Alegatos**

### **Parte demandante:**

Reiteró los argumentos expuestos en el trámite de la primera instancia, tanto en la demanda como en el recurso de apelación propuesto.

Agregó que la sentencia de primera instancia, desconoce abiertamente el criterio de especialidad, toda vez que consideró que la Ley 489 del 98 modificó tácitamente el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 y con esta idea concluyó que en el caso no era viable el recurso de apelación, entendimiento que, se reitera, desconoce el referido criterio.

Alegó que el Superintendente Delegado para Telecomunicaciones sí tiene un superior funcional y jerárquico que es el propio Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, luego las condiciones jurídicas para que proceda el recurso de apelación se cumplen a plenitud, sin embargo fueron desconocidas por la entidad demandada en los actos acusados.

Sostuvo que, en cuanto a la valoración de los criterios objetivos para decidir la imposición de las multas, se hace evidente por parte de la Superintendencia en las resoluciones demandadas, que en casos similares, donde supuestamente debería imponerse la misma sanción, no se tiene definida una valoración al respecto, situación que conduce a la aplicación de criterios subjetivos y caprichosos, soslayando el precepto legal en que se debe sustentar y ponderar la sanción.

### **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los actos administrativos demandados.

Indicó que la apelante no aporta ningún elemento nuevo ni de hecho ni de derecho en el recurso propuesto y que, lo afirmado es



la reiteración de lo manifestado durante la investigación administrativa, la demanda y el trámite de la primera instancia.

Destacó que en el proceso se encuentra probado el incumplimiento de la obligación que tiene la empresa prestadora de servicios públicos, de atender adecuadamente la práctica de la auditoría “*in situ*”, es decir, en el sitio o en el lugar, en relación con la información reportada al Sistema de Información de la Superintendencia SUI, auditoría que se realizó los días 3 a 7 de abril de 2006 y que había sido notificada a la empresa el día 9 de marzo del mismo año.

## **8. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa, a resolver previas las siguientes

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Es competente la Sala para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, conforme al artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en consideración al Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017 del Consejo de Estado, que busca descongestionar la Sección Primera de esta Corporación.

### **2. Caso concreto**

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., por conducto de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones No. SSPD-20073400012385 del 14 de mayo de 2007 por medio de la cual se



impuso una sanción pecuniaria a la empresa por la suma de seiscientos ochenta y ocho millones quinientos sesenta y cinco mil doscientos treinta y tres pesos (\$688.565.233), y 2008340001175 del 18 de enero de 2008 a través de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la decisión anterior, en el sentido de disminuir la sanción a trescientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$ 340.107-540).

Lo anterior, comoquiera que la demandante asegura que las referidas resoluciones están viciadas de nulidad por: i) falsa motivación; ii) violación al debido proceso y el derecho de defensa por no conceder el recurso de apelación, siendo este procedente, iii) inobservancia de la proporcionalidad de la sanción impuesta y iv) falta de competencia del funcionario que impuso la sanción por caducidad de la facultad sancionatoria.

En el fallo de primera instancia, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que los cargos formulados contra los actos administrativos demandados no se encontraban acreditados, por cuanto que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sí motivó suficientemente la sanción de cara a la auditoría realizada en las instalaciones de la empresa demandante, que además fue anunciada con antelación pero que, a pesar de eso, no se suministró la información en debida forma y de las muestras tomadas por la firma auditora, hubo un porcentaje considerable de inconformidades.

Igualmente, que para el caso la norma aplicable era el artículo 12 de la ley 489 de 1998 y no el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, en lo concerniente a los recursos que procedían contra la decisión sancionatoria proferida por el Superintendente Delegado de Telecomunicaciones.

Sostuvo que tampoco se observa una imposición irracional de la multa impuesta, en consideración al tope máximo legal establecido y dentro del cual la entidad demandada puede determinar la sanción de cara a la gravedad de la conducta y la afectación de la misma a los usuarios del servicio.





Señaló que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se encuentra delimitada por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y que, el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, no fija un término preclusivo o perentorio para el ejercicio de dicha facultad, pues tan solo es un término que orienta la actuación administrativa, sin que pueda advertirse que su desatención trae como consecuencia la pérdida de competencia del funcionario que se encuentra investigando la conducta.

El apoderado de la parte demandante, inconforme con dicha decisión la apeló bajo las mismas consideraciones expuestas en el escrito introductorio y reiteró que, no tuvo en cuenta la situación coyuntural por la que la accionante estaba atravesando, que incluía situaciones como: cambio del marco regulatorio, atraso en la facturación, cambio del sistema de facturación, situaciones que igualmente estaban siendo monitoreadas por la misma entidad y sobre las cuales también había suscrito la ETB un plan de mejoramiento al cual se debía dar cumplimiento y que como punto principal estaba el de dar continuidad al proceso de facturación para ponerse al día con los usuarios.

Asimismo, que el artículo 113 de la ley 142 de 1994, tiene aplicación preferente sobre el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, por consagrar una disposición especial en materia de delegación de funciones en asuntos de servicios públicos domiciliarios, mientras que la Ley 489 de 1998 se ocupa de reglamentar también por mandato constitucional, el régimen general de la delegación de funciones.

Sustentó que en aplicación del principio de especialidad, consagrado en el artículo 5, numeral 1 de la Ley 57 de 1887, que señala que la disposición relativa a un asunto especial prefiera a la que tenga carácter general, es evidente que prima la aplicación del inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, y por ende, contra los actos de los delegados del Superintendente de Servicios Públicos, sí procede el recurso de apelación, interpretación favorable a la que además debió darle prioridad el juez de primera instancia.



Estableció que en todo caso, la sanción debió graduarse atendiendo a factores objetivos como son: i) la naturaleza de la gravedad de la falta, ii) el impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y iii) el factor de reincidencia.

Apuntó que de conformidad con el artículo 111 de la ley 142 de 1994, la entidad demandada contaba con cinco (5) meses para ejercer su facultad sancionatoria, los cuales fueron ampliamente sobrepasados, de manera que perdió la competencia para sancionar a la demandante.

Así las cosas, corresponde a la Sala entrar a estudiar el contenido de la impugnación y el fallo de primera instancia para cotejarlos con el acervo probatorio y las normas aplicables al caso concreto.

Si de tal estudio resulta que el fallo se ajusta a derecho se confirmará, y si por el contrario carece de fundamento se revocará.

Por razones de método, y comoquiera que la parte actora impugnó el fallo de primera instancia en su integridad, habrá de estudiarse cada uno de los cargos formulados en la demanda –y reiterados en la apelación- por separado.

#### 1. Falsa motivación

Según se tiene, la parte actora considera que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en los actos administrativos demandados, incurrió en falsa motivación, por cuanto a la sociedad actora nunca se le especificó el universo de los puntos sobre los cuales iba a recaer la auditoría “*in situ*”.

Arguyó que la auditoría no fue planeada de forma técnica, es decir, de manera tal que de forma objetiva, imparcial y efectiva, la sociedad actora pudiera demostrar la razonabilidad de lo reportado.

Alegó que la SSPD no tuvo en cuenta la situación coyuntural por la que la accionante estaba atravesando, que incluía situaciones como: cambio del marco regulatorio, atraso en la facturación,



cambio del sistema de facturación, situaciones que igualmente estaban siendo monitoreadas por la misma entidad y sobre las cuales también había suscrito la ETB un plan de mejoramiento al cual se debía dar cumplimiento y que como punto principal estaba el de dar continuidad al proceso de facturación para ponerse al día con los usuarios.

Al respecto, según se observa en el cuaderno de antecedentes administrativos a folios 2 a 4, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le comunicó a la ETB, mediante oficio del 9 de marzo de 2006, lo siguiente:

*“En desarrollo del artículo 79, numeral 22 de la Ley 142 de 1994 que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, la Superintendencia de Servicios Públicos tiene atribuida la función de verificar la consistencia y calidad de la información que reportan las empresas de servicios públicos al Sistema Único de Información SUI.*

*Para dar cumplimiento a la función citada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el artículo 79, parágrafo 2, numeral 6 de la Ley 142 de 1994, contrató a la firma Sistemas 2000 Consultores Ltda., con el objeto de efectuar una auditoría en esta materia. Adicionalmente, la información recopilada servirá como medio de prueba para adelantar los procesos administrativos que eventualmente surjan en razón de las visitas practicadas.*

*Dicha labor tiene dos componentes a saber. En el primero se verificará la calidad de la información reportada y certificada al SUI, contrastando mediante muestreo, información de los tópicos financiero, comercial y técnico operativo con la información disponible en las empresas. En el segundo componente se evaluarán los procesos asociados a la generación de información que se reporta al SUI.*

*Dentro de las empresas seleccionadas para el muestreo se encuentra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB que usted representa y por lo tanto esta Superintendencia le solicita atender la visita de los auditores, para lo cual se requiere:*



- a) *Tener disponible la información fuente, bases de datos y archivos del período 2002 – 2005 de los tópicos comercial, financiero y técnico operativo.*
- b) *Autorizar por escrito a un funcionario de la empresa para acompañar al auditor durante la visita y entregarle copia de la documentación recopilada.*
- c) *El funcionario autorizado debe tener un adecuado conocimiento de todos los aspectos inherentes al funcionamiento de la empresa, así mismo debe tener autorización para que directamente o por sus instrucciones se pueda acceder a todas las bases de datos y fuentes de información, incluidos archivos físicos.*
- d) *Asegurar la disponibilidad del personal responsable de la información para que esta sea obtenida en una forma ágil y oportuna durante la visita.*

*Como resultado de la auditoría se obtendrá un informe ejecutivo que se entregará a la empresa, sobre el cual podrá señalar las observaciones que considere pertinentes para estudio de la SSPD.*

Como se lee, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no solo anunció la visita que se haría a las instalaciones de la empresa demandante con el fin de llevar a cabo una auditoría, sino que, precisó el objeto de la misma al señalar que *“(d)icha labor tiene dos componentes a saber. En el primero se verificará la calidad de la información reportada y certificada al SUI, contrastando mediante muestreo, información de los tópicos financiero, comercial y técnico operativo con la información disponible en las empresas. En el segundo componente se evaluarán los procesos asociados a la generación de información que se reporta al SUI”.*

De manera que, lejos de ser una comunicación abierta y poco detallada, el oficio remitido por la entidad demandada no solo especificó los puntos a tener en cuenta en la auditoría sino que destacó el procedimiento que se llevaría a cabo, a través de un funcionario autorizado por la propia empresa.

Debe precisarse que, aun cuando los argumentos para sustentar el cargo de falsa motivación se concentran en sostener que la entidad demandada se abstuvo de informar con detalle los puntos objeto de



la auditoría en consideración al gran “universo de información” que maneja la empresa demandante, lo cierto es que, no se encuentra acreditado que, la SSPD haya desconocido alguna garantía del debido proceso que haya impedido a la sociedad actora suministrar la información requerida por la firma auditora, de cara al objeto de la diligencia que ya había sido anunciado con antelación.

Ahora, no puede desvirtuarse la legalidad del acto administrativo por falsa motivación, solo con aducir que la auditoría fue arbitraria al no considerar la coyuntura por la que atravesaba la empresa actora, pues ello solo demuestra la falta de planeación y estrategia para asumir los requerimientos del ente supervisor.

En todo caso, del resultado de la auditoría se le advirtió a la empresa que una vez evaluados 2.767 registros, se encontraron 1614 inconformidades, por cuanto se presentó de manera extemporánea los documentos con los cuales la empresa no contaba al momento de la auditoría; los soportes remitidos se realizaron mediante informes parciales; para el caso particular del formulario de facturación la ETB anexó un archivo en Excel como sustento de las no conformidades detectadas, sin embargo éste no asegura que corresponda a la fuente de información del sistema de facturación de la empresa (ff. 147 a 149 de los antecedentes administrativos).

Además, según la firma auditora *“la información no estaba disponible en el momento de la auditoría y no se puede dar credibilidad a la información reportada con mucha posterioridad”* (ff. 14 y 15 del cuaderno de antecedentes administrativos).

De modo que, fue con fundamento en tales observaciones, que además se pudieron en conocimiento de la sociedad demandante y tuvo la oportunidad de subsanar y no lo hizo, que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios abrió el pliego de cargos correspondiente el 12 de octubre de 2006.

Así las cosas, no bastaba con cuestionar la manera en que se llevó a cabo la auditoría para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos que concluyeron con la sanción impuesta, sino que,



debía demostrar que las “*no conformidades*” halladas por la firma auditora, como los cargos que posteriormente le fueron imputados a la empresa accionante, carecían de sustento fáctico y jurídico, lo cual no se probó ni en el trámite administrativo y ahora en sede judicial.

De manera que, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

2. Violación al debido proceso por no conceder el recurso de apelación contra la Resolución No. SSPD-20073400012385 del 14 de mayo de 2007.

Alega la empresa demandante que, tanto la SSPD como el Tribunal de primera instancia, desconocieron el criterio de especialidad que acompañan las disposiciones de la Ley 142 de 1994, en lo que concierne a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y los procedimientos establecidos en dicha ley.

Lo anterior en tanto que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se negó a conceder el recurso de apelación contra la Resolución del 14 de mayo de 2007 que le impuso la sanción, al considerar que el mismo no era procedente de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 489 de 1998.

Según la actora, con dicha actuación se desconoce el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 porque no es dable la aplicación del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, pues la primera de las normas consagra una norma especial en materia de delegación de funciones en asuntos de servicios públicos domiciliarios.

Sobre el particular, se tiene que, la tesis de la Superintendencia que además fue respaldada por el *a quo* en este caso, sostiene que el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, norma relativa a los recursos que proceden contra decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas, fue subrogada por el artículo 12 de la Ley 489 de 1998.

En efecto, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, prevé lo siguiente:



**“Artículo 12º.- Régimen de los actos del delegatario.** Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

*La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.*

**Parágrafo.-** *En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal”.*

En criterio de la demandada, si bien es cierto que la Ley 142 de 1994 consagra un régimen propio en materia de servicios públicos domiciliarios, no puede pretenderse su aplicación preferente en cuanto corresponde al trámite de los recursos en vía gubernativa, de manera que la especialidad de la Ley 142 de 1994 se predica respecto de asuntos relacionados directamente con los servicios públicos domiciliarios y no en aquellos aspectos distintos, como lo son los recursos en vía gubernativa, materia sustancialmente procesal pues tiene que ver con la ritualidad del procedimiento.

En consecuencia, afirma que, dado que el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 es posterior y regula los recursos que proceden contra los actos del delegatario –en entidades del orden nacional- de conformidad con lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política, subroga la disposición de la Ley 142 de 1994, además porque estas normas de procedimiento son de aplicación inmediata según lo establece el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Sobre este entendimiento, esta Corporación ya se ha pronunciado en diversas ocasiones<sup>2</sup>, y ha precisado, en primer término, que las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, corresponden constitucionalmente al presidente de la República, de

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de julio de 2014. Expediente: 76001233100020030352401. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.



conformidad con lo dispuesto con el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución:

**“ARTÍCULO 189.** *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

*22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos”.*

No obstante, dicha potestad le fue delegada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el artículo 75 de la ley 142 de 1994, bajo el amparo del artículo 211 de la Constitución Política.

En efecto, el artículo 75 de la mencionada ley prevé:

**“Artículo 75. Funciones presidenciales de la Superintendencia de servicios públicos.** *El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados”.*

El mandato legal es claro en cuanto a la delegación de funciones se refiere, toda vez que, la inspección, vigilancia y control que se ejerce sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, que primigeniamente le corresponde al presidente, se delegó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en especial al superintendente y sus delegados.

Ahora, el artículo 211 de la Constitución Política señala lo siguiente:

**“ARTÍCULO 211.** *La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las*





*autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. **La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios**".*

De la anterior disposición constitucional se resalta, para efectos del análisis que nos ocupa que: i) la ley señalará las funciones que el presidente podrá delegar en otras autoridades, como las superintendencias, lo cual ocurrió con la Ley 142 de 1994, artículo 75, en el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y ii) la ley establecerá los recursos que pueden interponer contra los actos de los delegatarios, punto sobre el cual recae el debate en esta instancia procesal, en tanto que se discute cuáles recursos caben contra los actos de los superintendentes delegados, de cara a dos normas aparentemente excluyentes.

Según se tiene, el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 establece:

***"Artículo 113. Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas. Salvo que esta Ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.***

***Pero, cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación.***

*Durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar".*

De la norma en cita se extrae que contra las decisiones de la Superintendencia de Servicios Públicos, sólo cabe el recurso de reposición, pero cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al presidente de la República, contra los actos de los delegatarios cabrá el recurso de apelación.



Bajo el análisis de esta disposición, podría afirmarse de entrada que, contra la decisión acusada en este caso, dictada por el superintendente Delegado de Telecomunicaciones, solo cabe el recurso de reposición, en tanto que el de apelación está reservado para los actos de los delegatarios siempre que la delegación de funciones se haya hecho por funcionarios distintos al presidente de la República.

Surge entonces la necesidad de hacer una precisión en este punto, comoquiera que, la parte actora afirma que el superintendente Delegado de Telecomunicaciones al tener superior jerárquico, y al habersele delegado funciones propias del superintendente, debe sujetarse a la norma antes referida, por lo que, bajo su entender, contra los actos que este funcionario profiera, cabe el recurso de apelación.

Tal afirmación resulta errónea, incluso sin tener que acudir a la disposición del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, toda vez que, como se dejó claro líneas atrás, las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas al presidente, fueron delegadas a la Superintendencia de Servicios Públicos, a través del superintendente y sus delegados. Es decir, la delegación del presidente de estas funciones, comprende no solo al superintendente sino a sus delegados, luego no es posible advertir que contra las decisiones del Delegado de Telecomunicaciones, como sucede en este caso, quepa el recurso de apelación.

En otras palabras, la norma prevé que cabe el recurso de apelación contra los actos del delegatario, siempre que la delegación de las funciones se haya hecho por funcionario distinto al presidente de la República, lo que no sucede en este asunto.

Adicionalmente, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, prevé claramente que *“(...) los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas”*.



De modo que, contra los actos administrativos de los delegatarios solo procede el recurso de reposición, en tanto que, las funciones de inspección, vigilancia y control –lo que incluye la potestad sancionatoria- de los servicios públicos que corresponden al presidente de la República, legalmente fueron delegadas a la Superintendencia de Servicios Públicos, que comprende, se itera, tanto al superintendente como a sus delegados, de manera que sus decisiones pueden recurrirse solo bajo los mismos términos en que se recurrirían aquellos actos del delegante.

En un caso similar al que ahora se estudia esta Corporación indicó:

*“Se debe tener en cuenta que el artículo 211 de la Constitución Política señaló que: “La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.*

*Adicionalmente, la Ley 489 de 1998, norma especial en cuanto a la delegación de funciones se refiere, reguló lo relativo a la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y expidió las disposiciones, principios y reglas con base en las cuales se deberá ejercer, entre otras, la función de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en el artículo 9 precisó lo siguiente:*

*“Art. 9°.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

*Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.*

*Parágrafo.- Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con*



*los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos”.*

*A su vez, sobre el régimen de los actos proferidos por el delegatario, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, dispone que:*

*“Art. 12.- Régimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.*

*La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.*

*Parágrafo.- En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal”.*

*Significa lo anterior, que contra los actos del delegatario, procede únicamente el recurso de reposición, pues, como lo indicó el inciso primero del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, contra los actos del Superintendente de Servicios Públicos sólo cabe el recurso de reposición, lo cual resulta igualmente pertinente frente a lo ordenado en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. No prospera el cargo”<sup>3</sup>.*

En iguales términos, la Sección Primera sostuvo:

*“Según esta disposición, contra los actos del delegatario proceden los mismos recursos de que disponen los actos del delegante.*

*Surge entonces un aparente conflicto entre lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, según el cual, cuando haya delegación de funciones por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación, y el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 que señala que contra los actos del delegatario caben los mismos recursos que cabrían si el acto hubiera sido expedido por el delegante, lo que hace perentorio definir cuál es la norma aplicable al presente caso.*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de julio de 2014. Expediente: 76001233100020030352401. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.



*El artículo 186 de la Ley 142 de 1994, norma especial relativa a los servicios públicos, dispone:*

*Artículo 186. Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 122 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria.*

*Esta norma es clara al señalar que la Ley 142 de 1994 prevalece y sirve para complementar e interpretar leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. Pero agrega que, en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios a los que ella se refiere se preferirá ésta.*

*Es innegable que la ley 489 de 1998 no se refiere a servicios públicos como quedó visto, puesto que mediante ella se dictan normas sobre organización y funcionamiento de entidades del orden nacional, aunque sus disposiciones cobijan también a quienes están encargados de la prestación de servicios públicos. En este sentido no existiría en estricto sentido un conflicto con la Ley 142 de 1994, puesto que se trata de una ley que se refiere a servicios públicos y otra a materias diferentes a ésta.*

*Esta Sección, en sentencia de 13 de marzo de 2003, expediente 2001-0178-01, M.P.D.G.E.M.M., se había pronunciado sobre un asunto similar, en el siguiente sentido: del texto del referido artículo 186 se colige que su previsión se dirige a la consagración de normas atañedoras únicamente de un servicio público en sí. De ahí que se haga mención del artículo 84 de la Carta Política frente a las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en la ley; y no en relación con otros aspectos. (Resaltada fuera de texto).*

*En este punto, resulta entonces perentoria la aplicación del artículo 12 de la Ley 489 de 1998 que regula de modo general, entre otros, el tema de la delegación de funciones y el régimen de los actos del delegatario, calidad que en efecto tenía el Superintendente que profirió los actos acusados.*

*En efecto, para demostrar que el Superintendente Delegado actuó en condición de autoridad delegataria basta con examinar el*



*contenido del artículo 1° de Resolución 9811 de 2001, proferida por el Superintendente de Servicios Públicos, invocada como fundamento en los actos acusados, cuyo tenor es el siguiente:*

*Artículo 1°. Delegar en los Superintendentes Delegados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dentro de su ámbito sectorial, las siguientes funciones:*

*2. Adelantar las investigaciones, cuando las Comisiones de Regulación se lo soliciten en los términos del artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994, e imponer las sanciones de su competencia. En este caso el Superintendente Delegado informará a las Comisiones de Regulación sobre el estado y avance de dichas investigaciones, cuando estas así se lo soliciten.*

*3. Imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deban estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta.*

*a) Amonestación; b) Multas hasta por el equivalente a 2.000 salarios mínimos mensuales; c) Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas; d) Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.*

*La constatación de que cuando se expidió el acto acusado la norma vigente en materia de recursos contra los actos de los delegatarios era la prevista en el artículo 12 de la Ley 489//98, en este caso constituye razón suficiente para desestimar los argumentos esgrimidos por el apelante<sup>4</sup>.*

Así las cosas, los anteriores criterios jurisprudenciales, son acogidos en su integridad por esta Sección, por lo que, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

3. Falta de reproche de culpabilidad y ausencia de proporcionalidad en la sanción.

En lo que corresponde a este cargo, sostiene la recurrente que la sanción debió graduarse atendiendo a factores objetivos como son: i) la naturaleza de la gravedad de la falta, ii) el impacto de la

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de agosto de 2011. Expediente: 25000-23-24-000-2002-00911-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.



infracción sobre la buena marcha del servicio público y iii) el factor de reincidencia.

Comentó que la falta de valoración de criterios objetivos para decidir la imposición de multas, se hace evidente por parte de la Superintendencia, en las resoluciones expedidas por la misma entidad, cuando en casos similares, que supuestamente debía imponerse una misma sanción, se observa que no tiene definida una valoración al respecto, lo que conduce a la aplicación de criterios subjetivos y caprichosos, soslayando el precepto legal en que debe sustentar y ponderar la sanción.

Sobre el particular, el *a quo* consideró que corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos, en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y de acuerdo al nuevo artículo adicionado por el artículo 14 de la Ley 689 de 2001 que determina que dentro de las funciones de la Superintendencia está, entre otras, la de vigilar y administrar el Sistema Único de Información.

Indicó además que de acuerdo con las facultades legales y lo dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, se evidencia que esta ley no dosifica las sanciones para cada falta, pero si dota al ente sancionador con la facultad discrecional para fijar el monto y la graduación de la multa quien debe realizar una valoración racional, manteniéndose dentro de los parámetros de proporcionalidad.

Sostuvo que la imposición de la sanción se debió al desconocimiento de una orden impartida por la entidad demandada, la cual es objeto de sanción, que en últimas afecta la buena marcha en la prestación del servicio.

Expuso que en relación con la proporcionalidad, se encuentra que la multa se tasó en pesos, en trecientos cuarenta millones ciento siete mil quinientos cuarenta pesos (\$340.107.540) y atendiendo a que el salario mínimo para el año 2007, año de expedición de los actos acusados, correspondía a cuatrocientos treinta y tres mil setecientos pesos (\$433.700) y el máximo punitivo de acuerdo con



el artículo 81.2 de la ley 142 de 1998, corresponde a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al realizar la operación matemática se encuentra que la sanción consistió en 782 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007, de lo que se colige la razonabilidad, ponderación y proporcionalidad de la medida.

Al respecto, la Sala comparte los argumentos ofrecidos por el Tribunal de primera instancia, por cuanto que, la proporcionalidad de la sanción se acompasa con la gravedad de la conducta. Esto, por cuanto, las irregularidades encontradas en la auditoría, impactan directamente la prestación del servicio en tanto que la información requerida por la superintendencia en ese caso, constituye una infracción a las normas que, precisamente se han previsto para garantizar la efectiva prestación del servicio público.

Sobre la dosimetría de la sanción en el acto administrativo demandado se destacó:

*“Aplicando estos criterios al caso bajo estudio y, considerando que el incumplimiento de las normas en que incurrió la ETB, descrito en las consideraciones que comprenden el cuerpo del presente acto, se califica como grave toda vez que impide el adecuado cumplimiento de la misión del Estado en un tema tan fundamental para los ciudadanos como el de los servicios públicos, encomendado a esta Superintendencia por la misma Constitución Nacional.*

*En tanto la Superintendencia no halló confiabilidad en el 39% de la información auditada, información esta que es enviada por el prestador al Sistema Único de Información del cual se sirven, además del ente de vigilancia y control, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones, entre otras entidades, para el cumplimiento de sus funciones en desarrollo del interés público. Dicho proceder por parte de la empresa investigada pone en riesgo la acción del Estado para proteger adecuadamente los intereses de los usuarios del servicio*

*Así mismo, es un agravante de esta situación la falta de atención a los requerimientos de esta Superintendencia en desarrollo de la auditoría la cual, como ya se dijo en el cuerpo de este acto, había sido anunciada oportunamente al ente prestador”.*





En tales condiciones, no es cierto, como lo afirma la empresa demandante, que la sanción haya obedecido a parámetros caprichosos, en tanto que la misma se justificó debidamente por parte de la demandada.

Frente a la proporcionalidad de la multa impuesta, se tiene que, la facultad atribuida legalmente a la Superintendencia es discrecional, de manera que, frente a la conducta y la gravedad de la falta se tendrán en cuenta los valores a imponer, atendiendo a la capacidad financiera de las empresas, la cual no podrá sobrepasar los 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso la superintendencia impuso alrededor de 782 salarios mínimos legales mensuales vigentes como sanción, lo cual no se advierte desproporcionado, teniendo en cuenta que el máximo legal es de 2000.

Bajo las anteriores consideraciones este cargo no está llamado a prosperar.

4. Falta de competencia del funcionario que expidió los actos administrativos por caducidad de la facultad sancionatoria.

La recurrente alega sobre este último cargo que, el superintendente Delegado para Telecomunicaciones perdió la competencia para adoptar las decisiones acusadas, en tanto que, de acuerdo con el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, la entidad demandada contaba con cinco (5) meses para ejercer su facultad sancionatoria, los cuales fueron ampliamente sobrepasados, de manera que perdió la competencia para sancionar a la demandante.

Al respecto, como acertadamente lo expuso el Tribunal de primera instancia, la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia no está dada por el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, en tanto que dicho término no es preclusivo para ejercer esta potestad, tan solo es indicativo de las etapas del procedimiento especial previsto en esa ley, incluso para aquellos que no tienen esa naturaleza sancionatoria.



De haberse querido dar esos efectos a la referida norma, el legislador así lo habría previsto, como en efecto lo hizo en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo –aplicable por ser el ordenamiento vigente para el momento de los hechos–, al señalar que la potestad para sancionar por parte de la administración está delimitada por el término de tres años.

Esta Corporación ha precisado que dicho plazo debe comprender, incluso, la resolución de los recursos contra la sanción y su efectiva notificación. Para este caso, se encuentra que la auditoría se llevó a cabo los días 3, 4, 5 y 6 de abril de 2006 y la decisión que resolvió el recurso de reposición contra la sanción impuesta, se notificó personalmente el 24 de enero de 2008, razón por la cual la demandada aún era competente para sancionar a la ETB.

En consecuencia, este cargo tampoco debe prosperar.

Visto así el asunto, la sentencia del 17 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones, habrá de confirmarse en su integridad.

Por último, advierte la Sala que en esta instancia no hay lugar a condenar en costas a ninguna de las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**Primero:** Confírmase la sentencia del diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Sin costas en esta instancia.

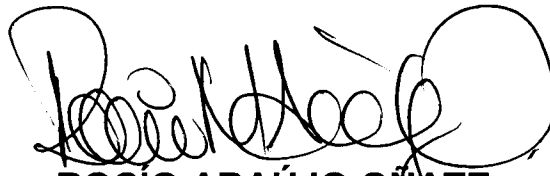


**Tercero:** Se reconoce personería a la Dra. Karla Marcela Iriarte Avendaño, para actuar como apoderada de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en los términos del poder otorgado visible a folio 52 del cuaderno de apelación.

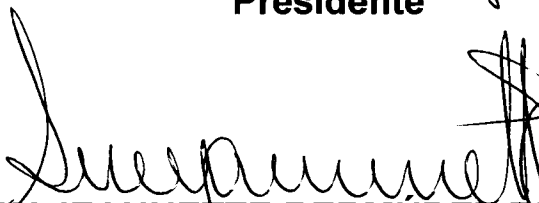
**Cuarto:** Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo.

**Quinto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



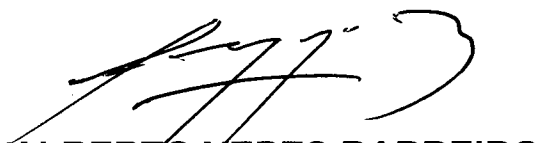
**ROCIO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero



**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

