REPUBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 60051-33 **DE 2017**

(22 SEP 2017)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación: 14-152999

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E)

En ejercicio de sus facultades legales en especial de las conferidas por la Ley 1341 de 2009, el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, mediante la Resolución No. 58194 del 31 de agosto de 2016, impuso una sanción a la sociedad Avantel S.A.S., identificada con Nit. 830.016.046-1, porque a juicio de dicha instancia, las razones dadas por la referida sociedad no fueron suficientes para exonerarla de responsabilidad por la transgresión de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones, especificamente, por la remisión de mensajes cortos de texto de contenido comercial y/o publicitario a través de líneas móviles de 10 dígitos, a los usuarios de la red de Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., omitiendo la estructura de códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011; situación que impide controlar y garantizar que los usuarios registrados en el Registro de Números Excluidos (en adelante RNE) no reciban este tipo de mensajes, motivo por el cual, declaró configurado el incumplimiento de lo previsto en el artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

La decisión de sanción se impuso teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 65 ibídem y atendió a la naturaleza de la infracción y las implicaciones del incumplimiento de lo previsto en la mencionada disposición en los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

SEGUNDO: Que inconforme con la citada resolución, la sociedad Avantel S.A.S.; interpuso en término los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, mediante escrito del 18 de octubre de 2016, en el que adujo, en términos generales, los siguientes argumentos:

i) Violación del derecho al debido proceso de Avantel. Falta de competencia de la SIC y desconocimiento de la presunción de inocencia.

Alegó el proveedor de servicios que, tanto los pliegos de cargos[1] como el acto sancionatorio, se edificaron sobre la violación del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, derivada de la remisión de mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos a los usuarios de Colombia Móvil S.A. ESP y Comcel S.A., y no mediante códigos cortos.

[1] Resolución No. 7087 del 18 de febrero de 2016, bajo el radicado No. 14-152999 con ocasión de la queja presentada por Colombia Móvil S.A. ESP en contra de Avantel S.A. y, Resolución No. 7091 del 18 de febrero de 2016, bajo el radicado No. 15-195883 en relación con la queja presentada por Comcel S.A. en contra de la citada sociedad.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sin embargo, en sentir de la recurrente, olvida la SIC que no es competente para declarar si Avantel infringió el artículo 22 de la citada resolución, comoquiera que la misma hace referencia a las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones (en adelante PCA) a través de mensajes cortos de texto (en adelante SMS) y mensajes multimedia (en adelante MMS), asuntos de competencia exclusiva del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MINTIC).

Por lo tanto, el hecho de que la SIC sea titular de competencias de inspección, vigilancia y control del régimen de protección a usuarios de servicios de comunicaciones, no la autoriza implícitamente para declarar la ocurrencia de infracciones sobre regímenes jurídicos diferentes, por considerar que la infracción al régimen de usuarios se edifica en la transgresión de aquellos.

En ese orden, arguye la recurrente que es clara la violación al debido proceso y al principio de presunción de inocencia de Avantel, por cuanto se edificó la transgresión de los artículos 4 y 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, sobre la infracción del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, sin tener la competencia para ello.

ii) La SIC infringió el principio de tipicidad por errónea adecuación típica al declarar la infracción de Avantel al artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011.

Señaló la sociedad investigada que la SIC violó el principio de tipicidad por errónea adecuación típica al declarar por parte de Avantel la transgresión del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, debido a que tal disposición no prohíbe por parte de los PCA, el envío de mensajes SMS y MMS a través de numeración de 10 dígitos, ya que se limita a establecer la estructura y clasificación de los códigos cortos cuando se envíen contenidos y aplicaciones haciendo uso de ellos.

De ahí que, en ausencia de una disposición específica que prohíba la conducta de Avantel, la SIC se limitó a citar apartes del documento soporte de la Resolución CRC 3501 de 2011, de los cuales infiere la prohibición de enviar tales mensajes usando numeración de 10 dígitos. En consecuencia, es claro que no existe una norma que prohíba expresamente tal conducta, ni tal supuesto de hecho encaja en el artículo 21 de la citada resolución, pues en él sólo se establece una numeración y clasificación de los códigos cortos de acuerdo a la modalidad de compra, tipo de servicio, contenido específico y costo del servicio, que está orientada a la protección del usuario.

Por lo tanto, al hacer una comparación entre la conducta censurada y el supuesto de hecho de la norma presuntamente infringida, es claro que la realidad fáctica no encuadra bajo las definiciones y prescripciones del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, ni existió asociación expresa y razonada entre la norma y el hecho, situación que contraría los postulados del Consejo de Estado al señalar que el acto administrativo sancionatorio debe atender al análisis del hecho concreto, de su naturaleza y alcance, para apreciar si la existencia del ilícito sancionatorio buscado es subsumible en alguno de los tipos de infracción previstos en la Ley.

iii) Inexistencia de nexo causal entre la imputación fáctica a Avantel y la imputación jurídica.

Manifestó la sociedad recurrente que sin perjuicio de la improcedencia jurídica de la conducta de Avantel, cabe señalar que para que pudiera ser declarada responsable por la infracción de lo dispuesto en los artículos 4 y 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, la SIC tuvo que haber demostrado que dicha infracción se originó en el hecho de enviar mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos.

Sin embargo, la posibilidad de que los usuarios reciban mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a pesar de estar inscritos en el RNE, no depende del tipo de numeración que se use, sino de que el proveedor de origen los haya excluido del universo de usuarios a los cuales sí se les puede enviar este tipo de mensajes, motivo por el cual, así se hayan enviado tales

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

mensajes usando códigos cortos, dichos usuarios también habrían recibido los citados mensajes, debido a que Avantel estaba en la imposibilidad de excluirlos del universo de usuarios de destino, ya que tanto Colombia Móvil S.A. E.S.P. como Comcel S.A. no enviaron los listados actualizados de los usuarios registrados en el RNE.

Por lo tanto, el hecho de que los usuarios de los referidos proveedores que hayan incluido su número móvil en el RNE, hayan recibido mensajes de contenido comercial y/o publicitario desde la red de Avantel, no tuvo causa en la infracción del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, razón por la cual, se rompe el nexo causal entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, pues la recepción de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario no depende del tipo de numeración usada.

Finalmente, adujo el proveedor que en ningún momento Avantel ha alegado su propia culpa para eximirse de responsabilidad, comoquiera que una cosa es que hubiera aceptado que de manera temporal el envió de SMS de contenido comercial y/o publicitario en uso de la numeración de 10 dígitos y, otra muy diferente, que haya reconocido un ilícito administrativo.

iv) La Resolución 58194 de 2016 violó el principio del non bis in idem.

Señaló la investigada que, en el escrito de descargos manifestó a la SIC que con fundamento en los hechos que son materia de la presente investigación, en el MINTIC también cursaba una actuación administrativa sancionatoria por la presunta violación del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, esto es, por no emplear la estructura de códigos cortos.

Así, a pesar que la SIC impute la violación de los artículos 4 y 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en últimas esa Entidad, junto con el MINTIC, acusan a Avantel de haber realizado el envío de mensajes cortos de texto con contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos y no a través de la estructura de códigos cortos, motivo por el cual, es clara la identidad de sujeto, hechos y causa investigados por las citadas autoridades, lo cual configura una violación al principio del *non bis in idem*.

En consecuencia, la SIC pretende legitimar su actuación en que se trata de dos actuaciones administrativas diferentes, por tratarse de la violación de normas regulatorias de naturaleza distinta. Sin embargo, el acto sancionatorio recurrido es claro en señalar el incumplimiento del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y, de manera superficial indica que ello conllevó a la violación del principio de libre elección de los usuarios, así como de las otras disposiciones imputadas, que en nada estipulan los controles establecidos en el RNE para impedir la recepción de mensajes de contenido comercial y/o publicitario enviados a través de la numeración de 10 dígitos.

v) La Resolución 58194 de 2016 incurrió en defecto fáctico por indebida valoración probatoria por parte de la SIC.

Después de traer a colación la respuesta otorgada por la SIC frente al argumento relacionado con la violación a la presunción de inocencia y el análisis probatorio que se hizo sobre el material recaudado a lo largo de la investigación, manifiesta el proveedor que sin duda alguna esta Superintendencia centró su análisis en corroborar que Avantel envió mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración no geográfica hacia usuarios de otros operadores móviles.

Sin embargo, a pesar de que la SIC afirme que la presente actuación no versa sobre la ilicitud del envío de mensajes sin el uso de los códigos cortos, sino en la vulneración del principio de libre elección de los usuarios y las disposiciones del RNE, brilla por su ausencia un análisis respecto del pretendido incumplimiento de las normas del régimen de protección a usuarios.

Lo anterior evidencia no sólo la violación al principio de presunción de inocencia, al juzgar a Avantel por una conducta que no se encuentra proscrita en la regulación y sin competencia para

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

tal efecto, sino que además implica un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, comoquiera que la SIC se apoyó en pruebas que no estaban directamente relacionadas con la vulneración de las normas endilgadas y terminó sancionando a Avantel sin probar por qué la conducta reprochada constituyó una violación de los artículos 4 y 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

De ahí que, la SIC efectuó un juicio de valor sin ningún fundamento jurídico, debido a que no existe disposición alguna que prohiba expresamente el envío de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración no geográfica. Además, hizo un juicio de adecuación típica con base en una conducta que es materia de investigación por parte de otra autoridad administrativa, lo cual viola el principio del *non bis in ídem*.

vi) Avantel debe ser declarada exenta de responsabilidad por estar en presencia de causales de exclusión de responsabilidad. Violación del principio de culpabilidad.

a) Por error indirecto de prohibición como causal de exclusión de responsabilidad.

Luego de afirmar que no comparte la posición de esta Entidad y por ende, no violó el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, la sociedad investigada señaló que la SIC no tuvo en cuenta el principio de culpabilidad, el cual le habría conducido a declarar la falta de responsabilidad por parte de Avantel, al estar inmersa en error indirecto de prohibición, pues actuó con la convicción invencible de haber obrado lícitamente basándose en la interpretación razonable de una norma, pues el envío de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos se encuentra proscrito en el ordenamiento jurídico y no implica la vulneración del régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones.

b) Por falta de claridad de la Resolución CRC 3501 de 2011 como causal excluyente de responsabilidad.

Argumentó el proveedor que de acuerdo a la doctrina, el error de prohibición por interpretación errónea es causal de exoneración de responsabilidad, cuando tal interpretación es producto de la falta de claridad por parte de la Administración al redactar las normas cuyo incumplimiento reclama.

De ahí que, ni el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, como tampoco otra disposición se ocuparon de prohibir el envío de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, motivo por el cual, Avantel ha interpretado que su proceder, el cual se llevó a cabo de manera temporal, se encontraba permitido al no estar prohibido, en aplicación del principio de legalidad que cobija a los particulares, según el artículo 6 de la Constitución Política.

Además, la Resolución CRC 3066 de 2011 no especifica los controles y/o filtros para el envío de SMS a usuarios inscritos en el RNE -que supuestamente fueron vulnerados por Avantel- razón por la cual, la argumentación de la SIC se basa en suposiciones, pues los mismos no están definidos específicamente en la regulación vigente, sino que son implementados y determinados por cada proveedor en particular, por lo cual no puede predicarse vulneración alguna de una regulación que ni siquiera existe.

vii) Violación de la regla de derecho de fondo por aplicación indebida de los criterios de graduación de la sanción establecidos en la Ley 1341 de 2009.

a) Respecto a la gravedad de la falta.

Después de traer a colación algunos de los argumentos que utilizó la SIC para fundamentar el análisis del criterio de la gravedad de la falta, la sociedad investigada afirmó que la Entidad calificó erradamente el citado criterio de dosificación pues realizó un análisis sesgado de las pruebas, omitió aquellas que le favorecían a Avantel, e hizo suposiciones que son contrarias al

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CORRESPONDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

acervo probatorio obrante en el expediente.

Al respecto, cuestiona el proveedor, si la SIC estableció cuántos usuarios de los informados por Comcel S.A. se encontraban inscritos en el RNE y recibieron mensajes por parte de Avantel, si dicho proveedor trasladó las PQRS instauradas por tal motivo y si cumplió con la obligación de enviar el listado de usuarios inscritos en el RNE con el fin de que se pudiera realizar el respectivo filtro de mensajes como lo dispuso la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante CRC).

Por lo tanto, en lugar de valorar en su integridad las pruebas aportadas, la SIC solo tuvo en cuenta aquellas que perjudicaban a Avantel o realizó suposiciones con base en información consignada en algunos contratos para asegurar que la conducta persistió hasta mayo de 2016, cuando según lo informado por Comcel S.A. el envío de los citados mensajes a través de numeración de 10 dígitos, ocurrió hasta febrero de 2015, mes en el cual también se expidió la orden de trabajo No. MSO – ICX 037 – 15 del área de operaciones de Avantel, en la cual se soporta que se restringieron los números de origen de envío de SMS para PCA y se aplicó lo previsto en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011.

Finalmente, afirmó que el uso de numeración de 10 dígitos o de códigos cortos es irrelevante a efectos de cumplir las normas imputadas, motivo por el cual, no puede señalarse que la infracción es grave porque se utilizó la numeración no geográfica.

b) Respecto del daño producido.

Manifestó la investigada que la SIC omitió analizar el criterio del daño con base en lo argumentado por la Corte Constitucional en la Sentencia T – 466 del 2003, sin tener en cuenta que el mismo es exigido para la dosificación de las sanciones de acuerdo al artículo 66 de la Ley 1341 de 2009. Al respecto, señala el proveedor que dicha sentencia fue proferida con ocasión de una acción popular, con efectos *inter partes* y no *erga omnes,* motivo por el cual, tal precedente jurisprudencial carece de relación material con el caso concreto y por ende, es inaplicable al mismo.

En ese orden, el referido criterio no se puede simplemente inaplicar de manera discrecional por parte de la SIC, pues dicha autoridad se encuentra sometida al imperio de la Ley y sus actuaciones deben estar conforme a ella.

c) Respecto a la reincidencia en la comisión de los hechos.

Adujo el proveedor que contrario a lo expresado por la SIC, el hecho de que existiera prueba de que Avantel no había incurrido en conducta similar que diera lugar a la imposición de la sanción, como se reconoce en el acto sancionatorio, da lugar a la disminución del monto de la multa y no a la inaplicación del criterio, por lo cual, resulta contrario a toda lógica del derecho administrativo sancionador que solamente se apliquen los criterios que son contrarios a los intereses del proveedor y no se tengan en cuenta los que le son favorables.

d) Respecto de la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

El proveedor indicó que la imposición de la sanción pecuniaria en la resolución recurrida viola los artículos 66 de la Ley 1341 de 2009 y 44 de la Ley 1437 de 2011, al desconocer el principio de proporcionalidad por cuanto la SIC no lo aplicó, ni siquiera de manera parcial, a través de sus tres subprincipios (mandatos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), razón por la cual, no puede fundamentar su estudio porque la falta le pareció grave y tuvo en cuenta los ingresos operacionales de Avantel durante el año 2014, con el fin que la multa no fuera confiscatoria.

Asimismo, es claro que la SIC violó este principio ya que el contexto fáctico en el que se produjo la infracción, pone en evidencia que el proceder de Avantel no afectó ni podía afectar ningún

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

bien jurídico de titularidad colectiva; ni por ende, el interés público representado en él, pues no implicó la violación de las disposiciones del régimen de protección a usuarios, y menos aún, cuando los denunciantes no suministraron el listado de usuarios inscritos en el RNE para que Avantel pudiera realizar el correspondiente filtro.

Por lo tanto, si la SIC hubiera realizado el test de proporcionalidad a través de los citados subprincipios en consideración del contexto fáctico, el resultado no podría arrojar la imposición de una multa en la cuantía aplicada, la cual causa un impacto patrimonial de 500 millones de pesos cuando bien pudo imponerse a lo sumo una amonestación.

En ese orden, en el acto sancionatorio no se hizo explícita la función matemática aplicada para la dosificación de la sanción, atendiendo a las causales de atenuación que para el caso concreto eran aplicables, entre ellas, la evidencia de que la empresa nunca había sido sancionada por hechos similares.

viii) La Resolución 58194 de 2016 violó el principio de lesividad.

Una vez expuestos los conceptos sobre tal principio, la investigada argumentó que el mismo se encuentra reconocido en el numeral 2 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, el cual dispone que dentro de los criterios a tener en cuenta para la imposición de la sanción, se encuentre el del daño producido al usuario, criterio que no fue valorado por la SIC, en contravía de lo dispuesto en la citada ley y en violación del principio de lesividad.

TERCERO: Que mediante la Resolución No. 42027 del 17 de julio de 2017, se resolvió el recurso de reposición, confirmando el acto administrativo impugnado y concediendo el subsidiario de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este despacho procederá a resolver todas las cuestiones planteadas, estudiando los cargos así:

a) Síntesis del caso.

El caso presente tuvo origen en las quejas presentadas por las sociedades Colombia Móvil S.A. E.S.P. mediante el radicado No. 14-152999 y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. mediante radicado No. 15-195883, en las que se manifestó que la sociedad investigada presuntamente habría transgredido los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, al remitir mensajes de texto de contenido comercial y/o publicitario, sin el uso de los códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, sino a través de numeración de 10 dígitos, situación que supondría la imposibilidad de garantizar que los usuarios que hubiesen registrado su número móvil en el RNE no recibieran este tipo de mensajes.

Frente a lo anterior, el proveedor de servicios en los descargos presentados el 3 de marzo de 2016[2] solicitó la acumulación de los expedientes radicados bajo los Nos. 14-152999 y 15-195883, teniendo en cuenta que existían los mismos fundamentos de hecho y de derecho. Luego manifestó que no existía vulneración a las normas endilgadas por cuanto: i) los pliegos de cargos No. 7087 y 7091 del 18 de febrero de 2016 violaron el principio del *non bis in idem* y la presunción de inocencia de Avantel, debido a que por los mismos hechos, el MINTIC también adelantaba una actuación administrativa sancionatoria; ii) no existió vulneración del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y; iii) no existió violación del derecho a la libre elección de los usuarios ni de la regulación sobre el RNE.

[2] En los folios 40 a 55 del expediente se encuentran los descargos presentados frente al pliego de cargos No. 7087 del 18 de febrero de 2016, formulado con ocasión de la queja presentada por Colombia Móvil S.A. ESP. A su vez, a folios 358 a 373 del expediente, se encuentran los descargos allegados frente al pliego de cargos No. 7091 del 18 de febrero de 2016, formulado con ocasión de la queja interpuesta por Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Argumentos en relación con los cuales el fallador de primera instancia determinó que: i) era procedente la acumulación de las investigaciones administrativas adelantadas bajo los radicados Nos. 14-152999 y 15-195883; ii) no existió violación del principio del *non bis in ídem* por cuanto la investigación adelantada por el MINTIC tenía como fin determinar si Avantel vulneró lo dispuesto en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, y no si quebrantó los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones; iii) no existió vulneración al principio de presunción de inocencia; iv) no existió vulneración del principio de tipicidad por errónea adecuación y; v) sí se vulneró lo dispuesto en el artículo 4 y numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011 y por ende, los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

b) Problema Jurídico.

El problema jurídico a resolver por este despacho se circunscribe a establecer si la sociedad investigada desvirtuó o no las infracciones imputadas mediante las Resoluciones Nos. 7087 y 7091 del 18 de febrero de 2016, por lo que se procederá a analizar cada uno de los argumentos presentados en el escrito de los recursos por parte de la recurrente a fin de establecer si el proveedor desvirtuó la infracción endilgada.

i) Frente a la violación del derecho al debido proceso de Avantel. Falta de competencia de la SIC y desconocimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto a los argumentos de la recurrente, según los cuales señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia de Avantel, por cuanto la transgresión del artículo 4 y 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, se edificó sobre la infracción del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, sin tener la competencia para ello, se debe señalar lo siguiente:

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 1341 de 2009, ésta tiene por objeto:

> *"(...) **OBJETO**: La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán al sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control, y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información (...)".* (Subraya fuera del texto original).

A su vez, en la citada ley, dentro de sus principios orientadores se encuentra el de la protección de los derechos de los usuarios así:

> *"(...) **ARTÍCULO 2.- PRINCIPIOS ORIENTADORES:***
>
> *(...)*
>
> *Son principios orientadores de la presente ley:*
>
> ***4. Protección de los derechos de los usuarios.** El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Habeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas*

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones (...)". (Subraya fuera del texto original).

Además, el articulo 4 de la mencionada Ley 1341 de 2009, dispone que:

*"(...) **ARTÍCULO 4.- INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.** En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:*

1. Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios (...)". (Subraya fuera del texto original).

En concordancia con lo anterior, se hace necesario mencionar lo señalado en el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, según el cual:

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

Así las cosas, y si bien es cierto que en la Ley 1341 de 2009 no se otorgó de manera expresa ninguna competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, también lo es que, de acuerdo con el artículo 63 de la misma ley, la facultad sancionatoria del régimen de infracciones previsto en materia de servicios de comunicaciones está en cabeza del MINTIC, salvo que la misma esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

En este orden de ideas, y en cumplimiento de lo dispuesto en la citada ley, se expidió por parte de la referida autoridad la Circular 003 del 20 de agosto de 2009, en la que expresamente se indicó que dicho Ministerio *"(...) informa que la entidad competente para la protección de los usuarios y suscriptores de los servicios de telecomunicaciones, es la Superintendencia de Industria y Comercio (...)".* En este punto, nótese cómo la Entidad ministerial señaló la competencia de esta Superintendencia para la protección de los usuarios de este tipo de servicios, en términos generales sin excluir lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009.

Se evidencia entonces que, la competencia de vigilancia y control, esto es, la potestad de imponer sanciones legales, previo agotamiento de las investigaciones administrativas pertinentes, puede ser ejercida directamente por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, **o por quien éste delegue**, estando dicha distribución de competencias plenamente autorizada por la misma ley, en claro desarrollo del principio democrático, pues fue el propio poder legislativo quien autorizó *ex ante* la posibilidad de delegar tales atribuciones.

Conforme a lo anterior, se expidió el Decreto 4886 de 2011 en el que se dispuso que esta Superintendencia tiene asignadas entre otras, las funciones establecidas en la Ley 1341 de 2009, de lo cual es claro que en materia sancionatoria, esta Entidad tiene competencia para conocer del régimen de infracciones contenidas en la citada ley, así como del régimen expedido por la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquél.

En este orden de ideas y, en consonancia con lo dispuesto en los numerales 33 y 36 del Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con los servicios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, así como decidir y tramitar las investigaciones sobre presuntas infracciones al Régimen de Protección de Usuarios de los Servicios de Comunicaciones y adoptar las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Ahora bien, se tiene que los hechos que generaron la apertura de la presente investigación resultaron violatorios de lo dispuesto en el artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, comoquiera que tal y como quedó estipulado en el acto sancionatorio, el proveedor vulneró los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones al remitir mensajes de texto de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, es decir, sin el uso de los códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, situación que supone la imposibilidad de garantizar que los usuarios que hayan registrado su número móvil en el RNE no reciban este tipo de mensajes.

Por lo tanto, si bien es cierto que dentro del análisis efectuado por esta Entidad se tuvo en cuenta el estudio del contenido del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, también lo es que, el juicio de reproche realizado por esta Superintendencia se enfocó en determinar que con la conducta de la investigada, se vulneraron los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones a elegir libremente si desean recibir o no mensajes de contenido comercial y/o publicitario; a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos de la totalidad de las bases de datos de los proveedores de redes y/o servicios de comunicaciones (en adelante PRST) utilizadas para enviar mensajes del referenciado contenido y, a inscribirse en el RNE con la finalidad de evitar el envio de este tipo de mensajes, por cuanto -se reitera- Avantel S.A.S. envió mensajes de contenido comercial y/o publicitario mediante una numeración de 10 dígitos.

En consecuencia, debe aclararse que en ninguna parte del acto recurrido se sancionó la vulneración del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, como lo pretende hacer ver la recurrente, sino que fue del análisis del acervo probatorio obrante en el expediente que se evidenció la vulneración de las normas imputadas.

Lo anterior, pues en respuesta a los requerimientos de información realizados por esta Entidad[3], el proveedor afirmó que había enviado SMS con contenido comercial y/o publicitario de manera temporal a través de la numeración de 10 dígitos a usuarios de las redes de Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Comcel S.A., así como se observó que en los contratos suscritos con los integradores Infobip Colombia S.A.S.[4], Smartd S.A.S.[5], Grupo Navarro Co S.A.S[6], Contacto Solutions S.A.S.[7], Teamsourcing de Colombia Cia. LTDA.[8], en los apartes de las condiciones técnicas contractuales, se estableció que aquellos debían enviar los mensajes de texto al *"(...) Gateway SMS de Avantel con un número de origen y destino válidos, acordados entre las partes (...)"*, definiendo como números de origen, aquellos en formato internacional con el código de identificación que identifica el tipo de red de origen o destino del mensaje de texto (en adelante NDC) 350 asignados por Avantel al integrador (57350XXXXXXX)[9], los números de destino móvil de operador TCM o PCS, como aquellos en formato nacional con NDC acordados entre Avantel y el integrador y, los números de destino móvil Avantel, como aquellos en formato internacional con NDC acordados entre las partes, lo cual demuestra que en efecto, así los usuarios en ejercicio de su derecho a la libre elección hubieran registrado su número móvil en el RNE, con la finalidad de evitar la recepción de mensajes SMS y MMS con fines comerciales y/o publicitarios, iban a recibir tales mensajes, pues el proveedor los enviaba mediante la numeración de 10 dígitos, la cual es utilizada entre usuarios para el envio de mensajes SMS y MMS.

Aunado a lo anterior, no debe olvidar la sociedad investigada que el propio Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, remitió a esta Entidad las quejas presentadas por las sociedades Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Comcel S.A. *"(...) toda vez que de la información allí reportada se desprenden presuntos incumplimientos por parte de la empresa **AVANTEL S.A.S.**, a las obligaciones establecidas en la Resolución CRC 3066 de 2011 'por la cual se establece el Régimen Integral de protección de los Derechos de los Usuarios de los*

[3] Folios 16 a 20 y 301 a 306 del expediente.
[4] Folio 159 del expediente.
[5] Folios 501 (reverso) del expediente.
[6] Folio 134 del expediente.
[7] Folio 146 (reverso) del expediente.
[8] Folio 477 (reverso) del expediente.
[9] El número internacional se compone del indicativo del país u del número nacional, con una longitud de total de 12 dígitos.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Servicios de comunicaciones (...)"[10]. Y añadió: *"(...) vale la pena anotar que el traslado se circunscribe al tema de usuarios para que adopten las medidas que se consideren pertinentes, en caso de presentarse o evidenciarse eventuales incumplimientos por parte de la empresa, diferentes al enunciado, serán analizados por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las comunicaciones (...)"*[11], tal cual acaeció en el presente caso, pues como se ha manifestado, la presente investigación se adelantó con el fin de establecer si la investigada acató los deberes impuestos en el artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, o no.

Corolario de lo expuesto, no queda el menor asomo de duda que la competencia para conocer de la presente investigación e imponer la sanción correspondiente se encuentra en esta Superintendencia, por lo que no existe lugar a discutir la legalidad de la presente actuación administrativa, ni pensar siquiera en una vulneración al debido proceso ni al principio de presunción de inocencia en detrimento de la sociedad prestadora del servicio.

Por lo anterior, es claro que en materia sancionatoria esta Entidad tiene competencia para conocer del régimen de infracciones contenidas en la citada Ley 1341 de 2009, por lo cual resulta sin fundamento el cargo de impugnación propuesto.

ii) Frente a que la SIC infringió el principio de tipicidad por errónea adecuación típica al declarar la infracción de Avantel al artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011.

La censura se orienta a cuestionar la validez de la actuación, por la falta de tipicidad por errónea adecuación, al declarar por parte de Avantel la transgresión del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, debido a que tal disposición no prohíbe por parte de los PCA, el envío de mensajes SMS y MMS a través de numeración de 10 dígitos, ya que se limita a establecer la estructura y clasificación de los códigos cortos cuando se envíen contenidos y aplicaciones haciendo uso de ellos.

Sobre el principio de tipicidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-343 de 2006[12], señaló:

> *"(...) Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la "exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.*
>
> *Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber:*
>
> *(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;*
>
> *(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;*
>
> *(iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción (...)".*

---

[10] Folio 689 del expediente.

[11] Ibidem.

[12] En igual sentido, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-401 del 21 de julio de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, señaló que "*(...) El principio de tipicidad, es una garantía del debido proceso disciplinario, porque exige que la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras. En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad "se desarrolla el principio fundamental 'nullum crimen, nulla poena sine lege', es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria (...)".*

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De otra parte, en cuanto a la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador en relación con la aplicación del mismo en materia penal, en la Sentencia C-036 de 2006[13], la Corte Constitucional precisó:

> *"(...) La jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal (...)".*

Ahora, respecto de los tres elementos que ha definido la Corte Constitucional y que deben observarse para dar aplicación al principio de tipicidad en materia de sanciones administrativas, el que discute la investigada es el referido a la determinación o determinabilidad de la conducta sancionable. El mismo que constituye la aplicación del principio de legalidad en materia sancionatoria administrativa, indica que la conducta debe estar descrita de manera específica y precisa bien porque esté determinada en el mismo cuerpo normativo, o bien porque sea determinable por otras normas jurídicas.

En este orden de ideas, se tiene que en el presente caso, la conducta sancionable fue determinada a partir de la imputación jurídica que se hiciera en los actos de formulación de cargos por la presunta inobservancia por parte de la investigada de lo señalado en el artículo 4, numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, que disponen que los usuarios de los servicios de comunicaciones tienen derecho a: i) elegir libremente los servicios que desean que les presten; ii) solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos, en las bases de datos de los PRST y que son utilizadas para enviar mensajes cortos de texto SMS y MMS con fines comerciales y/o publicitarios, para lo cual los proveedores deberán actuar de forma inmediata ; iii) inscribir su número móvil ante el RNE de la CR con el objeto de evitar la recepción de los citados mensajes.

En efecto, al analizar las Resoluciones No. 7087 y 7091 del 18 de febrero de 2016 -actos de formulación de cargos-, en su considerando octavo se encuentra:

> *"(...) Que analizada la conducta descrita y de conformidad con las facultades administrativas otorgadas a esta Superintendencia por la Ley 1341 de 2009 y el artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, se inicia investigación administrativa mediante formulación de cargos así:*
>
> ***8.1. Imputación fáctica:*** *Presunto desconocimiento de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones en lo que tiene que ver con el Registro de Números Excluidos – RNE, como quiera que esta Dirección pudo advertir que AVANTEL, ha enviado mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de líneas móviles de 10 dígitos a usuarios de la red de TIGO* (o Comcel S.A según el caso), *sin utilizar la estructura de códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011; situación que impediría controlar y garantizar que los usuarios registrados en el RNE no reciban este tipo de mensajes, conforme a que no se podría materializar la exclusión de los mismos, por no contar con la estructura de códigos cortos.*
>
> ***8.2. Imputación jurídica:*** *Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho evidencia que la sociedad AVANTEL S.A.S., con la conducta antes transcrita, presuntamente estaría transgrediendo lo establecido en el artículo 4, y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011. En consecuencia, es necesario determinar si es procedente imponer las sanciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009".*

[13] Ibidem.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Por su parte, en el acto administrativo sancionatorio, el *a quo* concluyó:

> *"(...) De lo previamente expuesto, se evidenció que Avantel S.A.S. vulneró las normas endilgadas, esto es, el artículo 4, y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, toda vez que, al enviar mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de una numeración no permitida (numeración de 10 dígitos), vulneró los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones a elegir libremente si desean recibir o no mensajes de contenido comercial y/o publicitario; a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos de la totalidad de la bases de datos de los proveedores de redes y servicios de comunicaciones utilizadas para enviar mensajes de este contenido y, a inscribirse en el RNE con el propósito de evitar la recepción de este tipo de mensajes (...)".*

En este orden de ideas, no puede alegar la investigada que existe una falta de tipicidad, toda vez que como quedó visto, desde el inicio de la presente investigación se informó la conducta que daba lugar a la formulación de cargos, la sanción a imponer y la relación existente entre estas.

Aun así, en gracia de discusión, se le reitera a la investigada que en ningún momento esta Superintendencia impuso la correspondiente sanción administrativa, por el incumplimiento de lo previsto en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, como lo argumenta el proveedor, sino que la misma obedeció al incumplimiento de las normas endilgadas y concernientes a la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

Así las cosas y, ante los argumentos planteados, vale la pena, a modo de ilustración, explicarle a la investigada que luego de los respectivos estudios adelantados por la CRC, se evidenció la inminente necesidad de definir la estructura y condiciones de la asignación de los códigos cortos para la prestación de contenidos y aplicaciones a través de mensajes SMS y MMS, con el objeto de garantizar la transparencia, disponibilidad, eficiencia y eficacia en la gestión del recurso numérico y, por ende, determinar con claridad las responsabilidades de los diversos agentes que concurren en el mercado y así, garantizar los derechos de los usuarios.

De ahí que, el regulador mediante la Resolución CRC 3501 de 2011 haya: i) definido los principios, criterios, condiciones y procedimientos para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de mensajes SMS y MMS sobre las redes de servicios de comunicaciones; ii) adoptado un plan de numeración orientado a la protección de los usuarios distinguiendo los códigos cortos según los criterios de modalidad de compra, tipo de servicio, contenido específico y costo del servicio y; iii) adecuado las disposiciones respecto a la inscripción en el RNE, de tal suerte que, modificó los numerales 103.3 y 103.5 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, con el objeto de que fueran los usuarios quienes eligieran si excluían o no la totalidad de los SMS y MMS con fines comerciales o publicitarios, o únicamente respecto de ciertos códigos. No obstante, mediante la Resolución CRC 4039 de 2012 se modificaron nuevamente los citados artículos, en el sentido de establecer que los usuarios podrán inscribir en el RNE, su línea móvil con el objeto de evitar la recepción de mensajes SMS y MMS con fines comerciales y/o publicitarios.

En ese orden de ideas, es claro que el regulador al expedir las citadas resoluciones determinó la obligación de los PCA e integradores tecnológicos de utilizar la estructura de códigos cortos para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de mensajes SMS y MMS, con la finalidad de proteger a los usuarios de los servicios de comunicaciones, en relación con el derecho que tienen a elegir libremente los servicios de su interés de acuerdo a sus preferencias personales y a inscribirse en el RNE con la finalidad de no recibir mensajes de contenido comercial y/o publicitario.

Tanto es así que, al analizar el documento soporte de la Resolución CRC 3501 de 2011 denominado *"Acceso a Redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones"*[14] de septiembre de 2011, se observa que el regulador fue enfático en afirmar lo siguiente:

[14] Consultado en:

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

"(...) Está prohibido el envío de mensajes con fines publicitarios no solicitados expresamente por el usuario, de acuerdo con el artículo 103.3 de la Resolución 3066 de 2011, los usuarios podrán inscribir ante la CRC de forma gratuita su número de abonado móvil en el Registro de Números Excluidos para evitar o suspender la recepción de mensajes, sin perjuicio del procedimiento de suspensión o cancelación de la provisión de contenidos previstos en la presente Resolución.

Teniendo en cuenta la gestión de códigos cortos conforme a las reglas del presente Régimen y con el fin de adecuar las disposiciones respecto de la inscripción en el Registro de Número Excluidos (RNE) con el fin de evitar la recepción de mensajes cortos de texto (SMS), y/o mensajes multimedia (MMS) con fines comerciales y/o publicitarios, el inciso primero del numeral 103.3 y los numerales 103.3.3 y 103.3.5 de la Resolución CRC 3066 de 2011 quedarán así (...)". (Subraya fuera del texto original).

Por lo tanto, no hay duda alguna que los diferentes agentes del mercado de comunicaciones deben acatar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el regulador, so pena de la imposición de las respectivas sanciones administrativas por parte de las diversas autoridades de inspección, vigilancia y control del sector de las comunicaciones, como sucedió en el presente caso, pues esta Entidad en ejercicio de las funciones legalmente conferidas, evidenció la vulneración por parte de la sociedad Avantel S.A.S. de lo dispuesto en el artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, al transgredir los derechos de los usuarios al enviar mensajes SMS y MMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, omitiendo el uso de los códigos cortos definidos por la CRC mediante el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, situación que impide controlar y garantizar que los usuarios registrados en el RNE no reciban este tipo de mensajes.

Por lo demás, **se reitera** que esta Superintendencia no ha impuesto sanción alguna por el incumplimiento del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, pues tal juicio de reproche le corresponde al MINTIC.

En conclusión, es claro para este despacho que los supuestos con base en los que la primera instancia tomó la decisión de sancionar a la sociedad Avantel S.A.S., se encuentran expresamente dispuestos en la normativa imputada en los pliegos de cargos, de tal manera que en ningún momento se vulneró el principio de tipicidad ni el debido proceso o el derecho de defensa de la investigada y, por lo tanto, el cargo planteado no está llamado a prosperar.

iii) Frente a la Inexistencia de nexo causal entre la imputación fáctica a Avantel y la imputación jurídica.

La censura de la recurrente está orientada a señalar que no existe nexo causal entre la imputación fáctica y la imputación jurídica pues la recepción de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario no depende del tipo de numeración usada, sino de que el proveedor de origen los haya excluido del universo de usuarios a los cuales sí se les puede enviar este tipo de mensajes.

Al respecto, esta instancia le reitera al proveedor de servicios que el espíritu del regulador plasmado en el documento soporte de la Resolución CRC 3501 de 2011 llamado *"Acceso a Redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones"*[15] está enfocado *"(...) en la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, estableciendo las pautas que den claridad a la relación de los usuarios con todos los actores de la industria, fomentando así el desarrollo del sector y del segmento de contenidos y aplicaciones en particular (...)"*[16], razón por la cual, la asignación, estructura y clasificación de los códigos cortos fue una medida regulatoria dirigida a establecer las condiciones de la prestación adecuada de los

https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Acceso%20Redes%20Contenidos%20Aplicaciones/DocumentoSoporte.pdf

[15] Consultado en: https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Actividades%20Regulatorias/Acceso%20Redes%20Contenidos%20Aplicaciones/DocumentoSoporte.pdf

[16] Ibidem.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

servicios de contenidos comerciales y/o publicitarios a través de mensajes SMS y MMS, por parte de los PCA e integradores tecnológicos.

Así las cosas, esta instancia comparte las consideraciones del *a quo* al señalar que *"(...) sobre dicha regulación está configurado el RNE y los mecanismos alternativos de los que disponen los PRST para evitar la recepción de mensajes con fines comerciales y/o publicitarios. Lo anterior, en tanto que dichos mecanismos deben estar programados para el bloqueo de mensajes que provengan de un código corto, por ser estos los que por regulación corresponden a mensajes comerciales y/o publicitarios, y no de aquellos que provengan de líneas de 10 dígitos, toda vez que se trata de una numeración asignada para el uso de los usuarios quienes para comunicarse pueden hacer uso de SMS o MMS originados en su móvil y terminados en otro (...)".*

Conforme a lo anterior, cuando se envían mensajes SMS y MMS de contenido comercial y/o publicitario a través de una numeración de 10 dígitos, es claro que los mecanismos empleados para el desvío o desbloqueo de códigos cortos no resultan útiles, y en consecuencia, si un usuario solicitó la eliminación de sus datos de las bases de los PRST que tenían tal finalidad o del RNE, aquél tendría que soportar la recepción de un servicio que eligió no recibir.

Por lo tanto, el actuar de la investigada constituyó una barrera para que los proveedores Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Comcel S.A. pudieran determinar cuáles mensajes proveían contenidos comerciales y/o publicitarios a sus usuarios, debido a que aquellos eran remitidos bajo la numeración de 10 dígitos, la cual se utiliza para que los usuarios puedan usar mensajes SMS y MMS entre ellos, razón por la cual, más allá de determinar si las citadas sociedades cumplieron las obligaciones derivadas del artículo 45 de la Resolución CRC 3101 de 2011, en virtud de los contratos suscritos para el intercambio de SMS entre la investigada y los proveedores denunciantes[17] -que no es competencia de esta Superintendencia-, lo que se reprocha es el incumplimiento de los deberes de la investigada de cara a los usuarios.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la investigada comoquiera que las normas imputadas son claras en establecer las obligaciones que le son inherentes con el fin de garantizar los derechos de los usuarios respecto a su libertad de elección y los derivados del RNE y las bases de datos de los PRST, las cuales fueron transgredidas por la sociedad Avantel S.A.S. como se mencionó anteriormente.

iv) Respecto a que la Resolución 58194 de 2016 violó el principio del non bis in idem.

Señaló la investigada que existe una violación al principio del *non bis in idem* comoquiera que en el MINTIC también cursa una actuación administrativa sancionatoria, por la presunta violación del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, por no emplear la estructura de códigos cortos.

Sobre el particular, es oportuno mencionar que el citado principio, establece que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Este postulado se fundamenta, según lo ha establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los principios de seguridad jurídica y justicia material, que hacen parte del debido proceso y se aplican, incluso en actuaciones administrativas, como la que ahora es objeto de conocimiento.

En tal sentido, la Corte Constitucional estableció que para la aplicación del principio del *non bis in idem*, deben concurrir tres identidades a saber, así:

> *"(...) Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista **identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.***

[17] Obrantes a folio 821 en los CDS radicados bajo el No. 15-195888- -00001-0000 y el No. 15-1985883- -00009-0000

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CORRESPONDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

"La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos (...)"[18]. (Destacado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior el Alto Tribunal Constitucional, señaló lo siguiente:

"(...) Sin embargo, para que tal derecho se consolide se requiere mucho más que la simple identidad en la situación de hecho que sirve de punto de partida a esas diversas actuaciones, circunstancia que explica por qué la jurisprudencia y la doctrina, recogiendo decantadas elaboraciones, exijan la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones para afirmar la vulneración del principio non bis in idem.

(...)

Para definir los supuestos de aplicación del principio non bis in idem la Corte ha señalado que deben concurrir tres identidades. Así, la sentencia C-244 de 1996 establece que: Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

'La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole'.

'La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza'.

'La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos'.

Igualmente, para la Corporación la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el non bis in idem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción (...)"[19].

Aclarado lo anterior y luego de haber revisado los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron las investigaciones administrativas adelantadas por el MINTIC y por esta Superintendencia, con base en las cuales la recurrente aduce la vulneración del principio del *non bis in idem*, este despacho encuentra lo siguiente:

El MINTIC inició investigación administrativa identificada con el No. 2015000649[20] y elevó pliego de cargos por la presunta comisión de la infracción descrita en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, ya que al parecer, la empresa investigada (Avantel S.A.S.) no se encontraba utilizando la estructura y clasificación de los códigos cortos dispuestos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, modificada por la Resolución CRC 4458 de 2014, para la prestación de contenidos y aplicaciones a través de SMS.

[18] Corte Constitucional. Sentencia C-229 del 5 de marzo de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.
[19] Corte Constitucional. Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
[20] Folio 868 del expediente.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

A su vez, esta Superintendencia inició investigación administrativa mediante los pliegos de cargos Nos. 7087 y 7091 del 18 de febrero de 2016, por el presunto incumplimiento de lo previsto en el artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, por cuanto el operador de comunicaciones habría transgredido los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, al enviar mensajes cortos de texto de contenido comercial y/o publicitario omitiendo el uso de los códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, sino a través de numeración de 10 dígitos, situación que supondría la imposibilidad de garantizar que los usuarios que hubiesen registrado su número de abonado móvil en el RNE, no recibieran este tipo de mensajes.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que no están demostrados los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para que opere la aplicación de la garantía del principio del *non bis in idem*, comoquiera que los fundamentos normativos y la finalidad perseguida en cada una de las citadas investigaciones administrativas es diferente.

De ahí que sea de suma importancia reiterarle al proveedor que la finalidad de la presente investigación está dirigida a garantizar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los cuales se vieron vulnerados con el actuar de la investigada, pues con el envío de mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, los mecanismos empleados para el bloqueo o desvío de mensajes provenientes de códigos cortos, son inútiles y, por ende, a pesar de haber elegido no recibir mensajes SMS y MMS de tal contenido, los usuarios que se inscribieron ya sea en el RNE o en la bases de datos de los PRST, tendrían que soportar la recepción de dichos mensajes, situación que vulnera el contenido del artículo 4 y los numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Así las cosas, el argumento planteado no es de recibo para este despacho.

v) Respecto a que la Resolución 58194 de 2016 incurrió en defecto fáctico por indebida valoración probatoria por parte de la SIC.

La censura de la investigada se centra en manifestar que a pesar de que la SIC afirme que la presente actuación no versa sobre la ilicitud del envío de mensajes sin el uso de los códigos cortos, sino en la vulneración del principio de libre elección de los usuarios y las disposiciones del RNE, brilla por su ausencia un análisis respecto del pretendido incumplimiento de las normas del régimen de protección a usuarios.

Al respecto, esta instancia observa que sí se demostró la transgresión de las normas endilgadas, toda vez que además de analizarse la respuesta generada por la investigada ante los requerimientos de información hechos por esta Entidad y los contratos suscritos con los integradores tecnológicos, elementos materiales probatorios que evidencian que sí se efectuó el envío de mensajes cortos de texto de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos a los usuarios de Colombia Móvil S.A. E.S.P. y Comcel S.A., se determinó que tal actuación, hace inútiles los mecanismos adoptados para el desvío o bloqueo de los códigos cortos que deben utilizarse para la provisión de dichos mensajes según lo dispuesto por el regulador.

En consecuencia, así los usuarios en ejercicio de su derecho a la libre elección, hayan registrado su número móvil en el RNE o en las bases de datos de los PRST, con la finalidad de evitar la recepción de mensajes SMS y MMS con fines comerciales y/o publicitarios, iban a recibir tales mensajes, debido a que el envío a través de numeración de 10 dígitos no iba a ser bloqueado, puesto que tal numeración es la utilizada entre usuarios. De ahí que, sea clara la vulneración de lo dispuesto en el artículo 4 y numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

En esa medida, es claro que el actuar de Avantel sí está proscrito por la regulación pues el envío de mensajes SMS y MMS de contenido comercial y/o publicitario a través de líneas de 10 dígitos

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CORRESPONDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

sin el cumplimiento de la estructuración y clasificación de los códigos cortos adoptados por la CRC en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, constituye una violación a los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, toda vez que de acuerdo con el documento soporte de la referida resolución, está prohibido el envío de mensajes con fines publicitarios no solicitados por los usuarios, por esta razón, el regulador adoptó las medidas necesarias para procurar el adecuado desenvolvimiento de los servicios de contenidos y aplicaciones que son de gran valor para el desarrollo económico y social[21], con la finalidad que los usuarios pudieran elegir libremente si desean recibir o no mensajes de contenido comercial y/o publicitario; a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos de la totalidad de las bases de los PRST utilizadas para enviar mensajes del referenciado contenido y, a inscribirse en el RNE, todo esto con el objeto primordial de impedir el envío de este tipo de mensajes.

Por lo tanto, como ya se ha explicado en los considerandos anteriores, no existe violación al principio de presunción de inocencia como tampoco al principio del *non bis in idem*, razón por la cual, los argumentos expuestos por la investigada no son procedentes.

vi) Frente a que Avantel debe ser declarada exenta de responsabilidad por estar en presencia de causales de exclusión de responsabilidad. Violación del principio de culpabilidad.

a) Por error indirecto de prohibición como causal de exclusión de responsabilidad y por falta de claridad de la Resolución CRC 3501 de 2011 como causal excluyente de responsabilidad.

Manifestó la sociedad investigada que actuó con la convicción invencible de haber obrado lícitamente basándose en la interpretación razonable del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, pues el mismo no prohíbe el envío de mensajes SMS de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, razón por la cual, debe ser exonerada de responsabilidad por haberse configurado la existencia de un error de prohibición por interpretación errónea, derivado de la falta de claridad de la citada norma.

Frente al argumento propuesto por la recurrente, es preciso recordar el concepto de causal de exoneración de responsabilidad, el cual ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

> *"(...) Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causa que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales de exoneración impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad. (...) Las causales exonerativas de responsabilidad pueden liberar totalmente al demandado de responsabilidad (...)"*[22].

De igual forma, y en esta línea de razonamiento, el Consejo de Estado en sentencia del 26 de marzo de 2008 conceptuó:

> *"(...) Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen un conjunto de eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico -se insiste-, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo o, dicho de otro modo, tales supuestos conllevan la ruptura del nexo de causalidad entre la conducta -activa u omisiva- de la autoridad pública demandada y los daños cuya producción conduce a la instauración del proceso ante el*

[21] Argumento expuesto en la parte considerativa de la Resolución CRC 3501 del 5 de diciembre de 2011.

[22] Patiño, Héctor. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. Ponencia presentada en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia Julio de 2007. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 14 2008. Pág. 198.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Juez de lo Contencioso Administrativo (...)"[23].

En ese orden, los eximentes de responsabilidad son todas aquellas situaciones que impiden que se concrete el deber de reparar en quien aparece como responsable al hacer desaparecer uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.

En otras palabras, el nexo causal puede ser quebrado por los llamados eximentes de responsabilidad, que permiten al presunto causante del daño, deslindarse de su obligación de responder, los cuales son:

i) La fuerza mayor o caso fortuito;
ii) La culpa exclusiva de la víctima y,
iii) Los hechos de un tercero por quien no se deba responder.

Por lo tanto, para alegar la concurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad, se exigen unos requisitos que debe cumplir quien solicita su aplicación, entre otros: i) identificar la causal o causales de exoneración a aplicar de las dispuestas en la norma especial que reglamente la materia; ii) sustentar la concurrencia de las mismas – irresistibilidad[24], imprevisibilidad[25] y exterioridad-[26] y; iii) demostrar el nexo causal[27] de estas con la infracción

Carga de motivación y probatoria que se debe soportar y cumplir para que opere la causal de exclusión de responsabilidad invocada, por cuanto estas causales no son un instrumento legal que baste con ser referenciado de forma genérica, puesto que deben mediar pruebas o al menos condiciones específicas para que prospere.

Así las cosas, respecto a la identificación de las causales de exoneración previstas en la norma especial que reglamenta la materia, vale la pena señalar que ni la Ley 1341 de 2009 como tampoco la Resolución CRC 3066 de 2011, establecieron la existencia de situaciones que impidan a los proveedores exonerar su responsabilidad frente al incumplimiento de las obligaciones que les son inherentes.

---

[23] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente No. 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

[24] *"(...) En cuanto tiene que ver con (i) **la irresistibilidad** como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo (...)*

(...) Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina: «La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias; basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida». Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Ibid.

[25] *"(...) **(ii) la imprevisibilidad**, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, (...) Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, (...) La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.(...)"* Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Ibid.

[26] *"(...) Y, por otra parte, en lo relacionado con **(iii) la exterioridad de la causa extraña**, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada (...)"* Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Ibid.

[27] Como concepto genérico por nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la circunstancia aducida y el efecto derivado.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

No obstante, esta labor de determinación de las causales de exoneración de responsabilidad, fue cumplida por el legislador en la Ley 1480 de 2011, en el parágrafo segundo del artículo 61, en concordancia con los artículos 16, 22, parágrafo del 24 y, 32, según el caso concreto, la cual es aplicable de manera suplementaria al régimen especial de protección a usuarios de servicios de comunicaciones.

Ahora bien, frente al sustento de la ocurrencia de las causales de exoneración de responsabilidad y su nexo causal de estas con la infracción, se tiene que el proveedor alegó la existencia de un error de prohibición por interpretación errónea derivado de la falta de claridad del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, pues actuó con la convicción invencible de haber obrado lícitamente.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que según el doctrinante Jaime Ossa Arbeláez en su libro -*Derecho Administrativo Sancionador Una aproximación dogmática*-, *"(...) El error en la disciplina sancionatoria de la administración corre parejo con la responsabilidad subjetiva. Dejándose de lado la culpabilidad, la figura del error queda relegada a un plano secundario ya que aquella no tendría papel exculpatorio. (...) Del error deben sobrevenir consecuencias jurídicas como de la ignorancia efectos legales: vel ignoratia juris non excusat: la ignorancia de la ley no sirve de excusa (...)"*[28].

A tono con lo anterior, los artículos 9 y 1509 del Código Civil señalaron respectivamente que: *"(...) La ignorancia de la ley no sirve de excusa (...)"* y *"(...) El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento (...)"*.

Conforme a lo expuesto, no puede perderse de vista que el presente caso se encuentra inmerso en el campo de protección al consumidor, en el cual el esquema de la responsabilidad responde a un criterio constitucional y a un desarrollo legal que apuntan a un sistema de responsabilidad sin culpa, es decir, que basta con valorar la conducta del proveedor con la norma descrita por el regulador, con el fin de establecer si se presentó una vulneración o no. De igual forma, no se puede dejar de lado, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, menos aun cuando la investigada es experta en el sector de comunicaciones y debe estar a tono con la regulación que reglamenta sus nichos de mercado.

En ese orden, el error indirecto de prohibición alegado por la recurrente, además de no estar expresamente señalado por el régimen jurídico aplicable en materia de protección a los usuarios de servicios de comunicaciones ni en el Estatuto de Protección al Consumidor, no puede ser tomado en cuenta en el presente caso, como quiera que hace parte de un sistema de responsabilidad subjetiva.

En gracia de discusión, y frente a la falta de claridad del artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, se le reitera a la investigada que las obligaciones establecidas en la Resolución CRC 3501 de 2011, son claras en lo que tiene que ver con la estructuración y clasificación de códigos cortos para la provisión de mensajes de contenidos comerciales y/o publicitarios a los usuarios, toda vez que los mismos fueron creados por el regulador con la finalidad de adoptar un plan de numeración orientado a la protección de los usuarios distinguiendo los códigos cortos según los criterios de modalidad de compra, tipo de servicio, contenido específico y costo del servicio.

Es por eso que, también modificó las disposiciones respecto a la inscripción en el RNE (numerales 103.3 y 103.5 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011), con la intención de que los usuarios eligieran si excluían o no los mensajes SMS y MMS de contenido comercial y/o publicitario, por medio de la inscripción en tal registro, por esa razón, está prohibido el envío de mensajes con fines publicitarios no solicitados por los usuarios de manera expresa, los cuales de acuerdo con la regulación deben ser enviados por el tipo de numeración asignado por la CRC, es decir, por medio de códigos cortos.

[28] Arbeláez Ossa, Jaime. "Derecho Administrativo Sancionador Una aproximación dogmática". Legis Editores S.A. 2009. Pág. 349.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Así las cosas, en el presente caso no se encuentran demostradas las causales de exoneración de responsabilidad que le impidieran al proveedor de servicios garantizar los derechos de los usuarios de elegir libremente los servicios que desean de acuerdo a sus preferencias personales ni los derivados del registro en el RNE y en las bases de datos de los PRST, razón por la cual, en aplicación de la regla establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso, el proveedor tenía para este caso la carga de la prueba y, por ende, debía sustentar y justificar con elementos materiales probatorios que en efecto no pudo acatar las obligaciones impuestas en el artículo 4 y numerales 103.2 y 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011, por causas que se salían del control de su responsabilidad.

Por lo mencionado, resulta evidente que el argumento de la recurrente no es de recibo para este despacho, puesto que las causales alegadas no se encuentran justificadas, además de evidenciar que la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia determinó que la investigada vulneró los derechos de los usuarios como se ha manifestado a lo largo del presente acto administrativo.

Por lo expuesto, los cuestionamientos formulados por la recurrente no están llamado a prosperar.

vii) Frente a la violación de la regla de derecho de fondo por aplicación indebida de los criterios de graduación de la sanción establecidos en la Ley 1341 de 2009.

La censura de la investigada está orientada a manifestar que no se aplicaron todos los criterios definidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Al respecto, resulta útil recordar que esta Superintendencia, en lo atinente a los servicios de comunicaciones, considera que no es lógico al momento de imponer una sanción administrativa, acudir a todos y cada uno de los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, pues ello generaría una barrera injustificada para la administración, dado que implicaría encontrar en todos los supuestos que se expongan para su estudio, la totalidad de los criterios que la norma dispone, lo que haría inane el poder sancionador que tiene la administración de no encontrarse para el caso en estudio la concreción de cada uno de ellos. A modo de ejemplo, se tiene que en el caso del criterio denominado *"reincidencia en la comisión de los hechos"*, la administración de encontrar probada la infracción por parte del proveedor, no podría sancionarlo en el evento en que la conducta que se reprocha fuera cometida por aquel por primera vez.

De otra parte, debe considerarse que la Corte Constitucional en materia de imposición de sanciones por parte de la administración, ha establecido en su jurisprudencia[29] lo siguiente:

> *"(...) Para la Corte es claro que la potestad de evaluación de la gravedad de la falta debe dejarse a juicio de la Administración, pues sólo ella tiene conocimiento inmediato de la dimensión y repercusiones de la conducta reprochable.*
>
> *Por ello no resulta violatorio del principio de reserva de ley en materia sancionatoria que la Administración evalúe la gravedad de la conducta e imponga las sanciones dentro del marco establecido por el legislador, pues con que la ley haya determinado las faltas y las sanciones se entiende satisfecho el principio de legalidad (...)".*

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que en el momento en que se realiza el ejercicio de la graduación de la sanción a imponer, esta entidad actúa conforme a la facultad sancionatoria legalmente atribuida, la cual en modo alguno es absoluta, y por ende, no responde a la aplicación de criterios subjetivos, sino que en materia de servicios de comunicaciones, el legislador los previó de forma expresa en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Justamente, el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, definiendo para ello unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, que sirven como criterio orientador para la determinación de la

[29] Corte Constitucional Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

sanción, la cual puede oscilar entre uno (1) y dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así las cosas, en ejercicio de la facultad discrecional de la que se encuentra legalmente investida esta Superintendencia, es que realiza el ejercicio de la dosimetría de la sanción, sin perder de vista los extremos máximos y mínimos.

Por lo anterior, se observa que la decisión impugnada fundamentó la sanción correspondiente a quinientos millones quinientos cuarenta y cuatro mil trescientos treinta pesos m/cte ($500.544.330), equivalentes a setecientos veintiséis (726) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no sólo en razones fácticas sino también en fundamentos legales.

En tal sentido, existiendo la posibilidad de imponer multas hasta por un monto de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, ha de precisarse que el monto de la multa impuesta se encuentra evidentemente dentro de los rangos establecidos, sin que supere el máximo permitido por la ley.

a) En cuanto al análisis de la gravedad de la falta:

Frente al argumento del proveedor consistente en que esta Entidad calificó erradamente el criterio de la gravedad de la falta pues realizó un análisis sesgado de las pruebas, omitió aquellas que le favorecían a Avantel, e hizo suposiciones que son contrarias al acervo probatorio obrante en el expediente.

Sobre el particular, debe tener en cuenta la investigada que del análisis fáctico y jurídico efectuado a lo largo de la investigación, se estableció que efectivamente se configuró una conducta lesiva a los derechos de los usuarios a la libre elección de los servicios y los relacionados con el RNE, al enviar mensajes cortos de texto de contenido comercial y/o publicitario a través de líneas móviles de 10 dígitos, a los usuarios de la red de Colombia Móvil S.A. ESP y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., omitiendo la estructura de códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, lo que que impide controlar y garantizar que los usuarios registrados en el RNE o en las bases de los PRST no reciban este tipo de mensajes, conducta que, además de ser caprichosa y contraevidente con las obligaciones que le impone la regulación, fue deliberada y en desconocimiento absoluto de los derechos que permiten a los usuarios garantizar su elección de no recibir tal tipo de mensajes.

En otras palabras, al trasgredir los derechos que en virtud del RPU le asisten a los usuarios, especialmente los de libre elección de los servicios, a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos de la totalidad de las bases de datos de los PRST utilizadas para enviar mensajes del referenciado contenido y, a inscribirse en el RNE con la finalidad de evitar el envío de este tipo de mensajes, la sociedad investigada reveló una conducta negligente que permitió el envío de mensajes de contenido comercial y/o publicitario a través de numeración de 10 dígitos, sin el uso de los códigos cortos adoptados por el regulador, impidiendo que los mecanismos acogidos para el desvío o bloqueo de tales códigos fueran útiles.

En esa medida, vale la pena precisar que respecto al criterio de la gravedad de la falta, éste varía de un caso a otro, dependiendo de los múltiples factores que inciden en un caso concreto, en donde se determina la conducta infractora, que desconoce las normas del régimen de protección a usuarios de servicios de comunicaciones. Ahora bien, la magnitud de la conducta reprochable se determina al momento de valorar el conjunto de los bienes jurídicos afectados por el comportamiento trasgresor, y la intensidad de la lesión efectuada sobre los mismos, lo que implica necesariamente el examen de las normas transgredidas.

La gravedad, entonces, solo se puede predicar de la confrontación de una conducta con un parámetro de referencia, que bien puede ser un orden de valores, o como sucede en este caso, un orden jurídico que establece principios, reglas y fines. Si se acude a las mismas normas para

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

establecer la gravedad de la infracción, es porque a partir de la evaluación y estimación de los bienes jurídicos que tales disposiciones protegen, se logra determinar la gravedad de la falta, como consecuencia de la ponderación entre el bien jurídico tutelado y el grado de afectación del mismo, tal y como se procederá a efectuar a continuación:

Cuadro No. 1. Bienes jurídicos lesionados y su grado de afectación.

BIEN JURÍDICO	NORMA	VALORACIÓN
Derecho a la libre elección de los servicios tanto al momento de la oferta, como de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo.	Artículo 4 de la Resolución CRC 3066 de 2011.	Se observa el desconocimiento de los citados derechos, cuando el proveedor envía mensajes de contenidos comerciales y/o publicitarios a través de líneas móviles de 10 dígitos, omitiendo la estructura de códigos cortos previstos en el artículo 22 de la Resolución CRC 3501 de 2011, por cuanto hace inútiles los mecanismos adoptados para el desvío o bloqueo de los códigos cortos que deben utilizarse para la provisión de dichos mensajes según lo dispuesto por el regulador y, por ende, los usuarios deben soportar la carga de recibir unos mensajes que no eligieron.
Derecho del usuario a solicitar en cualquier momento la exclusión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos de la totalidad de las bases de datos de los PRST utilizadas para enviar mensajes del referenciado contenido.	Numeral 103.2 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.	
Derecho del usuario a inscribirse en el RNE con la finalidad de evitar el envío de este tipo de mensajes.	Numeral 103.3 del artículo 103 de la Resolución CRC 3066 de 2011.	

Bajo las anteriores consideraciones, y una vez identificados los bienes jurídicos lesionados por la conducta antijurídica del proveedor de comunicaciones, se advierte que la entidad de los mismos es significativa y relevante, debido a que todos y cada uno de los intereses jurídicos amparados por los derechos conculcados, constituyen principios fundantes del ordenamiento jurídico en materia de protección de usuarios de servicios de comunicaciones, cuyo desconocimiento significa un cuestionamiento directo a la vigencia del régimen de protección de usuarios, que pone en entre dicho los cimientos sobre los que se edifican las normas que regulan las particulares relaciones de consumo objeto de investigación.

A su vez, quedó en evidencia que el grado de afectación de los bienes jurídicos lesionados por la compañía investigada es de tal magnitud, que desconoce su protección normativa, trasgrediendo incluso el núcleo esencial de los intereses protegidos por el ordenamiento, situación que pone de manifiesto la gravedad de la falta generada a partir de la conducta *contra legem* desplegada por la empresa de comunicaciones.

En suma, la gravedad de la falta se encuentra enteramente demostrada a partir de la evaluación de los bienes jurídicos lesionados, los principios rectores desconocidos por el comportamiento infractor del proveedor y la valoración de la lesión generada respecto de los mismos, elementos que en su integridad fueron examinados en la Resolución No. 58194 del 31 de agosto de 2016, y que fundamentan de manera certera el poder sancionatorio del Estado, expresado en la sanción impuesta.

Por lo tanto, los argumentos de la investigada no son de recibo por cuanto el actuar de la

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

investigada[30] constituyó una barrera para que los denunciantes pudieran determinar cuáles mensajes proveían contenidos comerciales y/o publicitarios a sus usuarios, debido a que aquellos eran remitidos bajo la numeración de 10 dígitos, la cual se utiliza para que los usuarios puedan usar mensajes SMS y MMS entre ellos, por tal razón, más allá de establecer si Comcel S.A. cumplió o no con las obligaciones adquiridas por el contrato para el intercambio de SMS suscrito con la investigada y las dispuestas en la Resolución CRC 4174 de 2013, asuntos que no son de competencia de esta Entidad, lo que se reprocha es el incumplimiento de los deberes de la investigada de cara a los usuarios, pues el registro en el RNE o en las bases de datos de los PRST resulta inútil y sin efectos prácticos frente al envío de tales mensajes por medio de numeración no geográfica.

b) Respecto a la reincidencia en la comisión de los hechos.

Adujo el proveedor que contrario a lo expresado por la SIC, el hecho de que existiera prueba de que Avantel no había incurrido en conducta similar que diera lugar a la imposición de la sanción, como se reconoce en el acto sancionatorio, da lugar a la disminución del monto de la multa y no a la inaplicación del criterio.

Sobre tal argumento, es necesario ilustrar a la investigada que el criterio de la reincidencia en la comisión de los hechos, no puede ser tomado como un atenuante para la dosificación de la sanción impuesta, toda vez que tal calidad no fue definida por el legislador en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Contrario a lo manifestado por el proveedor, la reincidencia ha sido definida como un criterio agravante, a partir del cual se aumenta la sanción impuesta al transgresor, cuando ha sido reiterada su conducta vulneratoria del ordenamiento jurídico.

Así, lo ha confirmado la Corte Constitucional al señalar que *"(...) Del mismo modo, cabe señalar que, como se anotó, la reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad sancionatoria y, por tanto, de la sanción imponible, cuando el investigado comete repetidamente infracciones, en las condiciones dispuestas por el legislador. Con un criterio de razonabilidad, dicha agravación es gradual, y puede ser cuantitativa, cuando se impone la misma sanción en una magnitud mayor, o cualitativa, cuando se impone otra sanción (...)"*. (Subraya fuera del texto original).

En esa medida, no son de recibo los argumentos de la investigada.

c) Respecto de la proporcionalidad entre la falta y la sanción.

El proveedor indicó que la imposición de la sanción pecuniaria en la resolución recurrida viola los artículos 66 de la Ley 1341 de 2009 y 44 de la Ley 1437 de 2011, al desconocer el principio de proporcionalidad por cuanto la SIC no lo aplicó, ni siquiera de manera parcial, razón por la cual, no puede fundamentar su estudio porque la falta le pareció grave y tuvo en cuenta los ingresos operacionales de Avantel durante el año 2014.

En relación con la falta de proporcionalidad de la sanción, es necesario señalar que *"(...) no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos (...)"*[31].

---

[30] El cual se ha venido presentando desde noviembre de 2012 hasta el 10 de mayo de 2016, fecha esta última en la que se suscribió el contrato de alianza comercial con el integrador tecnológico Lleida S.A.S, de conformidad con lo manifestado por el fallador de primera instancia en el acto sancionatorio.

[31] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de agosto de 2005. Expediente No. 524-01.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Así mismo lo ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia C-957 de 2014 a través de la cual recalcó que la potestad sancionatoria administrativa debe tener en consideración además de los principios de legalidad, tipicidad, el principio de *"proporcionalidad -entre la sanción, falta o infracción administrativa"*.

En ese sentido, es oportuno mencionar que el principio de proporcionalidad conocido por la doctrina como de razonabilidad[32], en aplicación del derecho sancionador, a efectos de ponderar las sanciones correspondientes debe tener en cuenta la *"(...) legalidad o validez de un acto administrativo, cuando afecta derechos de los administrados, sea de modo general o de forma particular, se funda también en que las decisiones tomadas sean entonces adecuadas a los fines de la norma que lo autoriza, necesarios y ponderados o razonables respecto de la situación o los hechos que le sirven de fundamento y los efectos jurídicos que produzcan (...)"*[33].

En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones correctivas, destinadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.

En ese orden de ideas, es necesario que la sanción esté establecida en una norma de rango legal –reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto.

Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad.

La Corte Constitucional en Sentencia C -564 de 2000[34], al estudiar el principio de proporcionalidad de la sanción manifestó lo siguiente:

> *"(...) Sin embargo, el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto. Al respecto, se lee en "Derecho Administrativo Sancionador" de Alejandro Nieto:*
>
> *'Este sistema de correspondencia entre sanciones y grupos de infracciones es una característica muy singular del derecho administrativo sancionador, puesto que lo propio del Derecho Penal es la correlación individualizada de delitos y penas... se trata de que con ella pueda superarse la dificultad técnica de individualizar normativamente varios miles de infracciones, que en el Código Penal no existe por el reducido número de delitos y faltas que se tipifican (...)".*

[32] BERROCAL GUERRERO LUIS ENRIQUE. *Manual del Acto Administrativo.* Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Pág. 65.

[33] BERROCAL GUERRERO LUIS ENRIQUE. *Manual del Acto Administrativo.* Librería Ediciones del Profesional Ltda. Segunda Edición. Pág. 66.

[34] Consideraciones que fueron reiteradas por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 721 del 25 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente José Ignacio Pretelt Chaljub.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Verificado el análisis realizado por el *a quo* en relación con los criterios para efectos de la graduación de la multa, encuentra este despacho que se atendió a las particularidades del caso e involucró un análisis de los criterios que aplicaban para el mismo.

Por las razones expuestas, el cuestionamiento formulado por el recurrente no está llamado a prosperar.

viii) Con relación a que la Resolución 58194 de 2016 violó el principio de lesividad y respecto al criterio del daño producido.

Manifestó la investigada que la SIC omitió analizar el criterio del daño, el cual es exigido para la dosificación de las sanciones de acuerdo al artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, motivo por el cual se vulneró el principio de lesividad, en contravía de lo dispuesto en la citada ley y en violación del principio de lesividad.

Sobre el particular, advierte este despacho que, la discusión planteada no es procedente en la actuación administrativa, debido a que el objeto de aquella es establecer si se cumplieron o no las obligaciones previstas por la ley y el regulador, y no en calificar los daños ciertos o que probablemente se hubieran podido causar por el actuar del proveedor a los usuarios.

Lo anterior, por cuanto el ejercicio de las facultades otorgadas a esta Entidad mediante el Decreto 4886 de 2011, no dependen o están subordinadas a la ocurrencia de un daño a los usuarios de los servicios de comunicaciones, ya que basta con que se encuentre acreditada la infracción al ordenamiento, para que esta Superintendencia pueda imponer las respectivas sanciones administrativas de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, e impartir las órdenes administrativas que considere necesarias para restaurar los derechos vulnerados por parte de los proveedores de los citados servicios, independiente de la ocurrencia o no de un daño o de la magnitud del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-466 de 2003 confirmó la anterior tesis al indicar que *"(...) Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo (...)"*. (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, no son procedentes los argumentos del proveedor y menos aun cuando señala que el citado aparte jurisprudencial no es aplicable al caso concreto, como quiera que no es con base en él, que se omite la valoración del criterio estudiado, pues el mismo simplemente ratifica que en el ámbito de la protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones, basta con que se encuentre demostrada la transgresión del ordenamiento, para que esta Superintendencia pueda ejercer su potestad sancionadora.

En ese orden de ideas, el argumento de la defensa no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, este despacho.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 58194 del 31 de agosto de 2016, la cual a su vez fue confirmada por la Resolución No. 42027 del 17 de julio de 2017, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de este acto administrativo a la sociedad Avantel S.A.S. identificada con Nit. 830.016.046-1, a través de su apoderada, y a las sociedades Colombia Móvil S.A. identificada con Nit. 830.114.921-1 y Comunicación Celular S.A.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Comcel S.A. identificada con Nit. 800.153.993-7 en su calidad de terceros interesados, entregándoles copia e indicándoles que contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 22 SEP 2017

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E)

JORGE MARIO OLARTE COLLAZOS

NOTIFICACIONES

Investigada:

Nombre:	Avantel S.A.S.
Identificación	Nit.830.016.046-1
Apoderada:	Gloria Liliana Calderón Cruz
Dirección:	Carrera 11 No. 93 – 92.
Dirección electrónica:	notificacionesjudiciales@avantel.com.co
Ciudad:	Bogotá D.C.

Terceras Interesadas:

Sociedad:	Colombia Móvil S.A E.S.P.
Identificación:	Nit. 830.114.921-1
Dirección:	Av. Calle 26 No. 92 – 32 Modulo G 1
Representante Legal:	Marcelo Cataldo Franco
Dirección electrónica:	notificacionesjudiciales@tigoune.com.co
Ciudad:	Bogotá D.C.
Sociedad:	Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.
Identificación:	Nit. 800.153.993-7.
Apoderado:	Martin Alfonso Hurtado
Dirección:	Calle 57 No. 6 – 38 Apto 803 Ed. Torre 57.
Ciudad:	Bogotá D.C.

DCMM/DAMC

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Entregado a 25 SET 2017
Notifiqué personalmente el Dr.
El contenido de la anterior providencia quien impuesto firma

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
NOTIFICADOR

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIO GENERAL AD-HOC