LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000232400020060032 1
AUTORIDADES NACIONALES
Actor: COLOMBIA MOVIL S.A. ESP

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la sociedad actora la nulidad

de las siguientes resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio: la No. 30332 de 3 de diciembre de 2004, por medio de la cual se impuso una multa pecuniaria a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. por la suma de $179.000.000.oo, equivalentes a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y la No. 32257 de 29 de noviembre de 2005, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior resolución.

Como restablecimiento del derecho se declare que COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. no estaba obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la sanción impuesta por medio de los actos acusados, y se ordene la restitución de la suma consignada por dicho concepto, reajustada conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, con sus respectivos rendimientos económicos. Además solicita se condene en costas.

Subsidiariamente y en caso de que no prosperen las pretensiones principales solicita disponer la disminución de la multa impuesta a la sociedad COLOMBIA MOVIL, de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad esgrimidos en la demanda respecto de la dosimetría de la sanción.

1.2. Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio 3040 del 22 de noviembre de 2004, en cumplimiento de las funciones asignadas por el Decreto 2153 de 1992 y, en particular, por el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 en consonancia con el numeral 1º del artículo 79 de la Ley 142 de

1994, solicitó a COLOMBIA MÓVIL S.A E.S.P. rendir explicaciones sobre 49 requerimientos que supuestamente no fueron atendidos satisfactoriamente. Para absolver dicha solicitud se concedió un plazo que venció el día 2 de diciembre de 2004.

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., mediante escrito radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el día 2 de diciembre de 2004, remitió 19 expedientes correspondientes a diferentes usuarios y 12 copias de respuestas dadas por Colombia Móvil; quedaron pendientes de ser remitidos en el curso de la semana siguiente a la fecha de radicación de la respuesta 4 expedientes, 3 respuestas de Colombia Móvil y 11 expedientes que quedaron pendientes de volver a ser enviados, de forma completa.

Mediante escrito del 10 de diciembre de 2004 Colombia Móvil, en atención al compromiso expresado en la respuesta a que se hace referencia en el punto anterior, radicó ante las instalaciones de dicha Superintendencia de Industria y Comercio, 16 expedientes y copia de la respuesta OLA 1-412974771 del 2 de diciembre de 2004. En este punto, vale la pena resaltar que las instrucciones impartidas por la SIC, en ningún momento fueron desatendidas, y que, por el contrario, se completó la información solicitada tan sólo 5 días después de la fecha establecida como límite para tales efectos.

Pese a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el numeral 5º del artículo segundo 2º del Decreto 2153 de 1992, profirió la Resolución 30332 de 3 de diciembre de 2004 mediante la cual impuso a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. sanción pecuniaria por valor de $179.000.000.oo, equivalentes 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, argumentando que la actora atendió parcialmente y de manera

extemporánea las instrucciones impartidas por dicha entidad en relación con los 49 requerimientos presentados.

Acorde con lo anterior, en el presente caso se evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio extralimitó sus funciones, pues la sanción resulta a todas luces ilegal, ya que se sustenta en hechos que no concuerdan con la realidad, puesto que los 49 requerimientos hechos a COLOMIBA MOVIL S.A. fueron atendidos a cabalidad.

En estos términos, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. interpuso oportunamente recurso de reposición en contra de la Resolución 30332 del 3 de diciembre de 2004 y la mencionada impugnación fue desatada mediante Resolución 32257 del 29 de noviembre de 2005, mediante la cual la SIC resolvió confirmar la sanción impuesta con el acto recurrido.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La actora invoca como normas vulneradas los artículos 2, 6, 13, 29, 83, 123, 150 numeral 8, 209 y 228 de la Constitución Política y el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, argumentando:

Falsa Motivación. Según las resoluciones impugnadas los cargos endilgados a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. se concretan en: (i) no haber enviado expedientes para resolver recursos de reposición, (ii) no haber acreditado ante la Superintendencia de Industria y Comercio la contestación suministrada a sus suscriptores o usuarios frente a sus Peticiones, Quejas y Reclamos y (iii) no haber complementado expedientes que previamente fueron remitidos en forma incompleta.

Sea lo primero advertir, y conforme quedó expresado en los hechos, que COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. remitió la totalidad de la información

solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio, salvo una respuesta que quedó pendiente de ser enviada, razón por la cual resulta a todas luces desproporcionado e injusto que a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. se le haya sancionado por haber desatendido injustificadamente las instrucciones impartidas por dicha Superintendencia en 49 casos en particular, conforme a los criterios señalados en el párrafo anterior.

Es claro entonces, que los hechos que sustentaron los actos impugnados no corresponden a la realidad; en tal medida la motivación de la Resolución 30332 del 3 de diciembre de 2004 es a todas luces falsa, con lo que se vicia la actuación administrativa y por ende se debe declarar nula.

La Superintendencia de Industria y Comercio una vez conoció el recurso de reposición, en vía gubernativa, al momento de resolverlo debió haber revocado el acto administrativo por ella inicialmente expedido, al haberse configurado una manifiesta oposición a los preceptos de la Constitución Política, al tener en cuenta dentro de sus considerandos que imponía sanción por haber desatendido injustificadamente 49 requerimientos, lo cual -reiteramos- no es cierto de forma alguna.

Es así, como dicha entidad además de haber revocado el acto administrativo impugnado, debió haber ordenado iniciar el respectivo procedimiento pero no en virtud de la desatención de 49 requerimientos, sino de 1 sólo; hecho que si corresponde a la realidad.

Violación al Debido Proceso. La violación al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio se concreta en la inobservancia e incumplimiento de las etapas previstas dentro del procedimiento, a partir de lo cual impone una multa realizando una adecuación típica que no corresponde ni a la realidad jurídica, ni tampoco a la fáctica, y omitiendo la práctica de pruebas necesarias y pertinentes, en virtud de las cuales se

pudiera certeramente afirmar que Colombia Móvil se encontraba violando los derechos de los consumidores.

Debe apreciar el despacho que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de sancionar a la demandante, se basó exclusivamente en la consideración errada de que Colombia Móvil S.A. E.S.P. no acató las instrucciones impartidas por dicha entidad en 49 casos en particular, cuando en realidad, y como ya quedó debidamente expresado, el incumplimiento se circunscribió al no envío únicamente de 1 sola y única respuesta.

En este sentido, la SIC basó su decisión en una apreciación errada de la realidad, abusando del sistema de libre convicción aplicable en materia probatoria, que la llevó a sancionar a la demandante dándole un manejo irresponsable y descuidado a todo el acervo probatorio que ella misma tenía en sus manos. La administración debió regir su actuación por las reglas de la lógica y de la técnica, por lo que nada justifica la indebida y arbitraria valoración que hizo la SIC de las pruebas, configurándose así la violación al debido proceso.

La SIC al apreciar indebidamente las pruebas con las que contaba, y darles un alcance muy por encima del que realmente debieron haber tenido, incurrió en una flagrante violación del derecho al debido proceso en detrimento de los derechos de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en la medida en que toda decisión de la administración debe fundarse en procedimientos y normas preestablecidas y en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación y sólo a partir de la práctica y valoración adecuada de éstas es que se pueden demostrar los hechos y determinar la responsabilidad de los sujetos, puesto que el fin de la prueba es generar la certeza suficiente de la comisión de un hecho en virtud del cual se impone una sanción, evitando con ello que la administración incurra en una conducta arbitraria.

Violación al principio de seguridad jurídica. Se advierte además que el principio de la seguridad jurídica, conforme al cual deben existir unas normas precedentes, que garanticen la armónica convivencia de los miembros de la sociedad y que establezcan los parámetros y los límites dentro de los cuales se debe actuar, es un postulado perfectamente aplicable a este caso, en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción a la sociedad actora con base en unos hechos que distan completamente de la realidad, esto es multó a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. por desatender injustificadamente 49 requerimientos, cuando lo que en verdad ocurrió es que tan sólo omitió el envío de una de las respuestas solicitadas.

Por estas razones, es que COLOMBIA MOVIL en momento alguno puede ser condenada y sancionada por una serie de hechos que en momento alguno tuvieron lugar, como afirma la SIC en los actos administrativos aquí debatidos.

Dosimetría de la Sanción.- Manifiesta el actor que se hace necesario en el presente caso hacer alusión al tema de la dosimetría de las multas, en el evento remoto de no prosperar las pretensiones principales de esta demanda.

Es claro que le corresponde a las entidades administrativas, a la hora de la imposición de una determinada sanción, sea ésta o no de carácter pecuniario, entrar a hacer un cotejo entre la gravedad de la falta y el contenido de la sanción, es decir, si existe una correlativa proporcionalidad entre una y otra.

Llama la atención cómo la Superintendencia de Industria y Comercio impuso la sanción a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. argumentando que, para dichos efectos, había evaluado *"el significativo número de requerimientos*

desatendidos injustificadamente", sin hacer un estudio cuidadoso de las reales circunstancias fácticas que configuraban un eventual incumplimiento por parte de la demandante.

Es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio nunca sancionó con base en los reales hechos acaecidos, sino en apreciaciones ligeras y faltas de un análisis responsable.

Por todo lo anterior se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio no se tomó el trabajo de estudiar y señalar cuáles fueron realmente los supuestos requerimientos desatendidos, que como se reitera una *vez* más se limitan a uno, razón por la cual la sanción impuesta a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. resulta exagerada en relación a los hechos verdaderamente ocurridos.

Así las cosas, solicitan que de encontrar que la resolución demandada mantiene su legalidad, revalúe el monto de la multa impuesta en la misma, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad a los cuales se somete la potestad sancionatoria de la administración.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Industria y Comercio, contestó a la demanda, en resumen, con los siguientes argumentos:

El principal instrumento de defensa de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios establecido por la Ley 142 de 1994, es la posibilidad que estos tienen de presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos ante las entidades prestadoras del servicio, así como también la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio de imponer sanciones, cuando éstas no los atiendan dentro de los términos legales.

Es claro que lo anterior hace entonces parte de las facultades con que cuenta la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de protección de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, facultades con las que, por disposición expresa del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, también cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de dar protección a los usuarios y suscriptores de los servicios públicos no domiciliarios de comunicaciones.

En cuanto al procedimiento administrativo aplicable resulta importante expresar que esta Superintendencia efectivamente da aplicación al procedimiento previsto por el Código Contencioso Administrativo. En virtud de lo establecido en el artículo 54 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, el artículo 54 prevé: *"Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo".*

En consideración a lo expuesto, no puede señalarse que los actos administrativos acusados, que se han ajustado a derecho y cuyas decisiones son el resultado de una actuación administrativa fundada en el Decreto 2153 de 1992, en el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, en concordancia con el Capítulo VII, Título VIII de la Ley 142 de 1994 se hayan expedido bajo una interpretación errónea del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999.

La parte demandante insiste en desconocer que el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 otorga respecto de los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones PCS (servicio de comunicación personal) a la Superintendencia de Industria y Comercio las mismas facultades otorgadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como son las

previstas en la Ley 142 de 1994, normatividad en donde se consagró el silencio administrativo positivo, pues es lógico entender que el legislador pretendiera que la probable respuesta que las empresas prestadoras de servicios otorguen a sus usuarios, no podrían quedar suspendidas indefinidamente en el tiempo, o hasta cuando el operador o prestador decidiera brindar una solución.

Reitera entonces la SIC que el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 dispuso que a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores, contando para tal efecto, aparte de las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a los que se aplica válidamente la Ley 142 de 1994.

Dicha asignación de facultades no va desligada de las normas de carácter sustancial respecto de las cuales se ejercen. Es claro entonces que estas facultades buscan extender el régimen de protección al usuario al ámbito de los servicios no domiciliarios de comunicaciones.

La conducta objeto de la sanción impuesta a través de los actos administrativos demandados.- Contrariamente a lo afirmado por la parte demandante, la Superintendencia de Industria y Comercio con fundamento en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 formuló 49 requerimientos a la Sociedad Colombia Móvil S.A ESP, sin que fueran atendidos satisfactoriamente, tal como se desprende de la relación incluida en los actos administrativos demandados; además debe destacarse cómo el representante legal de la Sociedad demandante mediante escrito radicado el 2 de diciembre de 2004 respondió la solicitud de explicaciones formulada

dentro de la actuación administrativa, en cada uno de los casos relacionados, allegando en algunos casos los expedientes requeridos, anunciando en otros casos, la remisión futura de otros expedientes e igualmente, manifestando que se estaban completando la documentación faltante.

Esta Superintendencia conforme a las atribuciones que le fueron asignadas por el numeral 5, artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 que a letra dice: *"Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes:*

1. Violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por,

2. La inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia".

Es infundada la presunta falsa motivación de los actos administrativos acusados.- Frente a lo aducido por la parte demandante en el sentido que los actos administrativos acusados adolecen de falsa motivación, cabe señalar que los actos administrativos acusados se encuentran debidamente motivados en razones de hecho y de derecho y las decisiones adoptadas son el resultado de una actuación administrativa ceñida estrictamente a la normatividad vigente en materia de Promoción de la Competencia y las que orientan las actuaciones administrativas previstas en la Constitución Política y el Código Contencioso Administrativo.

Proporcionalidad de la sanción.- Por otro lado, en relación con la proporcionalidad de las sanciones administrativas impuestas es importante recordar en primer lugar que estas se ubican dentro de los montos máximos establecidos por la ley, de conformidad con la Ley 142 de 1994 y el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta el efecto no solo sancionatorio y

ejemplarizante, sino también disuasivo del que ya se habló que buscan tener las sanciones administrativas. Adicionalmente, debe observarse el sujeto sancionado, es decir, la sanción se impone también teniendo en cuenta las calidades y situación financiera del infractor, de tal manera que la cuantía no resulte desproporcionada con su situación.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 3 de diciembre de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, denegó las pretensiones de la demanda considerando en resumen lo siguiente:

La autoridad demandada sancionó a la actora porque no fueron atendidos satisfactoriamente 49 requerimientos (fls. 13 a 15 de los antecedentes administrativos). Dichas solicitudes fueron desatendidas a 49 quejosos que formularon PETICIONES -P- QUEJAS -Q- Y RECLAMOS -R- además de las solicitudes de expedientes de apelación. Así se consigna en el **requerimiento** que da inicio al trámite del proceso sancionatorio, originado en la violación del deber de dar respuesta a las peticiones, quejas, reclamos, adelantado por la SIC contra el actor, la misma que fue sometida a las siguientes disposiciones jurídicas: Decreto 2153 del 1992, art. 40 del Decreto 1130 de 1999, numeral 1º del art. 79 y 81 de la Ley 142 de 1994.

El primer extremo del debido proceso es el derecho de contradicción y la defensa de la investigada, que se ejerció por el representante legal el 2 de diciembre del 2004 aportando la información relacionada con cada uno de los PQRs y las solicitudes de expedientes de apelación, enviando en algunos casos el expediente respectivo para que se surta el recurso de apelación, y enunciando en otros la futura remisión del mismo. Señaló que se estaban

adelantando las acciones necesarias para completar la documentación faltante.

Por lo anterior en la parte considerativa del acto 30332 de 2004, advirtió que la compañía investigada se limitó a atender parcialmente y de manera extemporánea las instrucciones dadas por la Superintendencia, guardando silencio en relación con el tema que es objeto de investigación, es decir, las razones que llevaron a la demandante a la desatención injustificada de los requerimientos mencionados.

A continuación aparece (f.1-17 antecedentes administrativos) la primera decisión, esto es el primer acto administrativo demandado, que no obstante haber sido notificado por edicto fue oportunamente impugnado (2005-01-04), con base en lo cual se profirió la decisión definitiva, que tampoco fue notificada personalmente, pero oportunamente demandada.

El debido proceso se encuentra consignado entonces, en las disposiciones aplicadas al caso objeto de debate, como son: el art. 40 del Decreto 1130 de 1999, el numeral 1º del art. 79 de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2153 del 2002 que en especial consagra como atribución de la Superintendencia de Industria y Comercio en numeral 5º del artículo 2º, la de: *"5. Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de las Instrucciones Impartidas por la Superintendencia."*

El procedimiento aplicable al que se refiere la norma antes citada se encuentra relacionado en el artículo 54 del Decreto 2153 del 2002 que al efecto dispone:

"ARTICULO 54. PROCEDIMIENTO. *Sin perjuicio de las disposiciones*

> *especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo"*

El actor reclama que se ha configurado incumplimiento e inobservancia de las etapas previstas dentro del procedimiento, toda vez que se dio una adecuación típica que no corresponde a la realidad jurídica ni a la táctica, omitiendo la práctica de las pruebas necesarias y pertinentes para afirmar que la demandante se encontraba violando los derechos a los consumidores. A lo anterior agregó que el incumplimiento en que incurrió la actora se circunscribió únicamente a una sola respuesta.

Sin embargo, de la revisión de los antecedentes administrativos, así como del recurso de reposición (fls.18 a 22 antecedentes administrativos) interpuesto contra la Resolución 30332 de 2004, el Tribunal no observa que la demandante haya acreditado la contestación a 48 requerimientos, omitiendo la respuesta de solamente uno; además, era deber de la demandante aportar los medios de prueba necesarios con el objeto de acreditar el cumplimiento de los mismos.

Ahora bien en relación con la adecuación típica es pertinente tener en cuenta, que ésta se hizo de manera adecuada, toda vez que se dio con fundamento en la vulneración a las normas a las cuales debió sujetarse Colombia Móvil S.A. al momento resolver oportunamente las PETICIONES -P- QUEJAS -Q- Y RECLAMOS -R- formuladas por los usuarios.

Así las cosas, a la violación del debido proceso no se arriba por la sola afirmación de que se aplicó uno u otro trámite administrativo, sino que en verdad se haya puesto en peligro el derecho de defensa o el derecho sustancial, tal como lo tiene reconocido la jurisprudencia nacional.

El actor reclama que en la actuación administrativa no hubo etapa probatoria. Sin embargo, al momento de dar respuesta al requerimiento su actuación no fue otra que la de citar afirmaciones tales como "*Se remite expediente para que se surta recurso de apelación"*; *"El expediente será remitido en el curso de la próxima semana"*; *"En cuanto a las explicaciones solicitadas y relacionadas en los puntos 38 a 48 de su requerimiento, referentes al envío de expedientes incompletos, me permito informarles que se están adelantando las acciones necesarias para completar la documentación faltante y en el curso de la siguiente semana radicar nuevamente de manera completa los expedientes ante esa entidad"*; entre otras, como soporte de sus afirmaciones, sin que hubiese solicitado la práctica de pruebas, de manera que no se puede afirmar que en el caso sometido a examen se hubiese violado el debido proceso.

En relación con la indebida formulación de la sanción por aplicación de proceso erróneo mediante el cual se impone la multa, vale la pena anotar que el actor asume que en el caso sometido a examen la autoridad demandada obró conforme a la regla prevista en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998; al respecto ya el Consejo de Estado ha reconocido que la función de la Superintendencia de Industria y Comercio en esta materia, es administrativa.

El argumento del actor se cae por su propio peso, ya que 1) cuando se inició la actuación administrativa se formuló un requerimiento en el cual se indicó el procedimiento asumido, y la función administrativa ejercida por la autoridad, por lo que los actos demandados tienen naturaleza administrativa y sometida al control jurisdiccional y 2) la autoridad demandada cumplió con la expedición de los actos administrativos demandados, el debido proceso y el principio de legalidad de la pena, pues uno y otro son escritos, son previos y

absolutamente estrictos, tal como se reconoce por la jurisprudencia en la aplicación del artículo 29 de la Constitución Política.

El a quo advierte que el actor incurre en grave imprecisión al afirmar que únicamente omitió contestar uno solo de los requerimientos, toda vez que no aportó al proceso los medios de prueba pertinentes y conducentes para llegar a tal conclusión.

Así las cosas, la investigación iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cumplimiento de las facultades otorgadas por la ley, y que culminó con una sanción, fue motivada en debida forma, por cuanto la inobservancia de las instrucciones impartidas por la misma, hacen ver que existió un incumplimiento injustificado por parte de Colombia Móvil S.A, E.S.P..

Respecto de la dosimetría de la sanción, el actor no estableció elemento alguno de comparación para determinar si la decisión o dosificación de la sanción fue o no adecuada o al menos pudiera ser comparada con otras de la misma naturaleza para saber si con ella existió algún trato discriminatorio, teniendo como único argumento, el cual no puede ser tenido en cuenta, que las entidades administrativas a la hora de imponer una determinada sanción, debe hacer un cotejo entre la gravedad de la falta y el contenido de la sanción, es decir, una correlativa proporcionalidad entre una y otra, toda vez que este carece de fundamentos fácticos que lo hagan aplicable.

Sin embargo, el Tribunal considera que, en lo que no puede estar de acuerdo es en afirmar que la conducta no es grave, cuando es lo cierto que el derecho de petición se encuentra previsto como un derecho fundamental, por el artículo 23 de la Carta Política, y su violación sistemática no puede referirse a una o cientos de personas sistemáticamente violadas por la

empresa. La sanción impuesta por la ley no sólo resulta legítima, sino proporcional a la gravedad de la falta cometida, por lo que el a quo considera que no se ha violado en manera alguna el principio de dosimetría, cuando es lo cierto que la autoridad bien podría proferir sanciones hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por una o por cientos o miles de faltas investigadas.

En este caso, el requerimiento se refiere a 49 actuaciones administrativas en un periodo comprendido entre el 16 de septiembre al 21 de octubre del 2004 originadas en el incumplimiento del deber de atención de las peticiones, quejas, reclamos y recursos, que gracias a la interpretación jurisprudencial de la Ley 142 de 1994 producen silencio administrativo positivo frente a las empresas que ofrecen el servicio de PCS. Por lo anterior se infiere que la sanción definitiva se impuso por violación sistemática del derecho fundamental de petición a 49 usuarios de la empresa.

La ley señala que la sanción será hasta 2000 smlmv, de manera que la sanción mínima siempre estará expresada en smlmv, siendo la mínima, la equivalente a un (1) smlmv.

La dosificación inicialmente impuesta por el acto administrativo No 30332 de 2004, la cual fue confirmada por la Resolución No 32257 de 2004 resultó adecuada a la sanción impuesta a la empresa investigada. Por lo tanto, la sanción es proporcional a la falta cometida.

III. APELACIÓN

La sociedad actora, presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

La imposición de sanciones de carácter pecuniario se debe hacer observando el procedimiento aplicable, que para el caso de la protección de los usuarios y/o consumidores del servicio de telecomunicaciones no domiciliarios, al momento de los hechos no era otro que el contenido en los artículos 106 a 115 de la ley 142 de 1994; Contrario a lo afirmado por el Tribunal y la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 32257 de 2005 por la cual resuelve un recurso de reposición en contra la Resolución 30332 de 2004, señala que el procedimiento aplicable corresponde al previsto en el artículo 54 del Decreto 2153 de 1994 que establece: *"ARTICULO 54. Procedimientos.- Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo".*

La intención que persigue la administración cuando toma una decisión, para la cual es competente: tiene como finalidad la protección de los derechos de los usuarios. Es por esta razón que, no basta la existencia de un motivo para justificar la expedición de un acto administrativo y mucho menos la imposición de una sanción, pues la motivación o hecho que dio origen a la investigación administrativa debe ser efectivamente real, para que dicho acto sea serio, proporcional a la decisión, a la naturaleza del motivo o hecho, expedido en forma regular, es decir de conformidad con los procedimientos legalmente previstos, debe ser el fruto de consideraciones razones o fundamentos que justifiquen sus efectos jurídicos con los cuales la administración pueda sustentar y soportar la legalidad de la decisión que ha tomado.

De otro lado, dentro de las facultades conferidas por la Ley a la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra la protección a los consumidores entre otras, entendidos éstos como usuarios de determinado bien o servicio, y es como el objeto de garantizar dicha protección que esta entidad tiene la facultad de imponer sanciones pecuniarias. Sin embargo, el propósito con el cual dicha entidad impone una multa, exige que dicha decisión se haya adoptado con fundamento en los procedimientos legalmente establecidos, dando cumplimiento a los preceptos del debido proceso y por supuesto conforme con la realidad efectiva.

Iniciada una investigación administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en las facultades del numeral 5º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y por expresa remisión de esta norma que indica que para tales eventos la SIC debe proceder *"de acuerdo con el procedimiento aplicable"* y en concordancia con lo indicado en el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, ésta entidad debió aplicar el procedimiento específico previsto por la Ley 142 de 1994 en los artículos 106 a 115.

En el procedimiento contemplado en la Ley 142 de 1994 y que era el vigente al tiempo de los hechos, además de requerir a la sociedad y solicitar las debidas explicaciones ante la eventual falta de cumplimiento de la normatividad, la Superintendencia de Industria y Comercio debió decretar pruebas para desvirtuar las explicaciones pedidas por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y con ellas el principio de buena fe y de presunción de inocencia que reina en todo proceso, puesto que la Superintendencia omitió, según se observa a lo largo de la Resolución sancionatoria 30332 de 2004, hacer un estudio serio y detallado respecto de los argumentos que fundamentaron la defensa de la sociedad accionante.

Es que sostener que no se presenta vulneración al debido proceso por la aplicación de uno u otro procedimiento sino solo cuando se haya puesto en peligro el derecho de defensa o el derecho sustancial, es un argumento del Tribunal que con todo respeto, pero se cae por su propio peso.

Es más que claro que el simple hecho de que se dé aplicación a un procedimiento diferente del establecido, constituye un vicio que no puede ser saneado a estas alturas y es que basta con observar a manera de ejemplo, las causales de nulidad contenidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil numeral 4º, *"Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde"*, luego no puede pretenderse pasarse por alto el cargo simplemente aduciendo que el hecho de que se aplique uno u otro procedimiento no basta para aducirse una violación al debido proceso.

Los actos administrativos demandados carecen de la certeza jurídica propia de los actos de esta naturaleza, pues estos fueron expedidos de manera irregular, se encuentran viciados de nulidad, por no cumplir lo expresamente establecido en la ley y porque en el proceso de su formación se vulneró el debido proceso de la actora, puesto que conforme con el artículo 29 de la Constitución Política toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se investiga, de acceder a las pruebas y de disponer el tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa desde el inicio de toda investigación administrativa.

El sostener como lo hizo el Tribunal de Cundinamarca que el hecho de no haber solicitado pruebas exime a la Superintendencia de Industria y Comercio para hacerlas, constituye un argumento inconcebible, y es que la carta de descargos fue radicada el 2 de diciembre de 2004 en la cual se anexaban 32 carpetas, a las 16:40, y la resolución sancionando es de 3 de

diciembre de 2004, luego la pregunta obligada es si efectivamente se observaron con detenimiento las pruebas aportadas o si por el contrario ni siquiera se tuvieron en cuenta.

Lo cierto es que el hecho de haberse omitido el periodo probatorio constituye un grave cargo y no puede pretenderse que dicha etapa está supeditada a que las mismas se soliciten, pues ello lo que propicia es que se presenten situaciones que no corresponden a la realidad, como es el presente caso.

La SIC hace referencia a la atención parcial del requerimiento, pero en ningún momento menciona la intención que se expone en la respuesta de completar el envío en el transcurso de la semana, acción que en efecto se adelantó. Además de lo anterior menciona, de manera mordaz que *"como es obvio",* el envío es extemporáneo. Sea lo primero advertir la falsedad en la que incurre la Superintendencia de Industria y Comercio al afirmar que se hizo una entrega extemporánea de la información puesto que fue el día 2 de diciembre de 2004, fecha prevista en el requerimiento realizado, cuando se entregó la comunicación arriba mencionada con los respectivos anexos.

Ahora bien, cabe preguntarse si la SIC tenía proyectada la Resolución esperando un incumplimiento por parte de Colombia Móvil y por qué razón calificó esa acción de incumplimiento, la cual no existió, como obvia. Desde ese punto de vista, se puede entender la valoración errónea de la prueba obrante en el proceso, al no tener en cuenta tanto los 19 expedientes y 12 respuesta de PQR's allegadas el día anterior al de la expedición de la Resolución demandada, así como el compromiso de envió de los que hacían falta. Es clara la ausencia de valoración de las pruebas.

La sanción a todas luces va en contravía de la ley ya que se sustenta en hechos que no concuerda con la realidad, pues del requerimiento hecho por la SIC, se entregaron la totalidad de los expedientes y respuestas solicitadas. Adicionalmente salta a la vista la desproporción en la multa impuesta ya que una Resolución 29611 del 29 de noviembre de 2004, de cuya existencia se hizo saber al Tribunal, sancionó a la demandante anteriormente por el supuesto incumplimiento en la emisión oportuna de la respuesta a 572 PQRs con 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes; mientras que en el presente caso, donde el supuesto incumplimiento es de menos del 10% de lo sancionado en el evento comentado, y que fue sancionado escasamente 5 días antes, se impone una sanción mucho mayor siendo la administración injusta y omitiendo el principio de la proporción que debe existir entre la conducta y la sanción impuesta.

Respecto del cargo de falsa motivación en los actos acusados manifiesta el recurrente que lo cierto es que la sociedad actora emitió respuesta sobre el requerimiento realizado por la demandada y la misma no se pronunció de fondo sobre las pruebas, como tampoco lo hizo el Tribunal.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 21 de noviembre de 2013 se corrió traslado a las partes y al señor Procurador Delegado ante esta Corporación por 10 días para alegar de conclusión, tiempo en el cual se pronunció la demandante reiterando lo manifestado en el recurso de apelación y la Superintendencia de Industria y Comercio manifestando en resumen estar en acuerdo con lo ya considerado en por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

V.CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar las argumentaciones expuestas por la parte actora en el recurso de apelación pues de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil ésta Sala se limitará a pronunciarse solamente respecto los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, pues los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

El recurrente argumenta la violación al debido proceso por la falta de aplicación de los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994, ya que, iniciada una investigación administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en las facultades del numeral 5º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y por expresa remisión de esta norma que indica que para tales eventos la SIC debe proceder ***"de acuerdo con el procedimiento aplicable"*** y en concordancia con lo indicado en el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, esa entidad debió aplicar el procedimiento específico previsto por la Ley 142 de 1994 en los artículos 106 a 115.

Igualmente manifiesta el recurrente que existió la valoración errónea de la prueba obrante en el proceso, al no tener en cuenta tanto los 19 expedientes y las 12 respuestas de PQR's allegadas el día anterior al de la expedición de la Resolución demandada, así como el compromiso de envío de los que hacían falta.

Señala, que salta a la vista la desproporción en la multa impuesta ya que la Resolución 29611 del 29 de noviembre de 2004, de cuya existencia se hizo saber al Tribunal, sancionó a la demandante anteriormente por el supuesto incumplimiento en la emisión oportuna de la respuesta a 572 PQRs con 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes; mientras que en el presente

caso, donde el supuesto incumplimiento es de menos del 10% de lo sancionado en el evento comentado, y que fue sancionado escasamente 5 días antes, se impone una sanción mucho mayor siendo la administración injusta y omitiendo el principio de la proporción que debe existir entre la conducta y la sanción impuesta.

Problema Jurídico

El análisis que hará la Sala consiste en determinar si le era dado a la Superintendencia de Industria y Comercio sancionar el incumplimiento de Colombia Móvil S.A. ESP, por no entregar explicaciones sobre los requerimientos hechos por esa Entidad sobre las quejas y reclamos de los usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de comunicaciones.

Caso concreto

A folio 2 del cuaderno de antecedentes administrativos, se observa copia de la comunicación de la Superintendencia de Industria y Comercio 3004 de 22 de noviembre 2004, dirigida al Presidente (E) de COLOMBIA MOVIL S.A. ESP, en la que se le manifiesta:

> *"Con fundamento en lo previsto en los decreto 2153 de 1992 y 1130 de 1999 en consonancia con lo previsto en la Ley 142 de 1994, esta Superintendencia formuló a la Sociedad Colombia Móvil S.A. ESP, cuarenta y nueve (49) requerimientos que no fueron atendidos satisfactoriamente, tal como se aprecia en la siguiente relación:*
>
> *"…*
>
> *Por lo anterior, en cumplimiento de las funciones asignadas a esta Superintendencia por el Decreto 2153 de 1992 y, en particular, por el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 en consonancia con el numeral 1º del artículo 79 de la ley 142 de 1994, me dirijo a usted para que se sirva rendir las explicaciones que estime pertinentes aportando los elementos de juicio y pruebas que pretenda hacer valer, con el fin de que ejerza su derecho de*

defensa y contradicción dentro de la presente actuación.

A folio 6 del cuaderno de antecedentes administrativos, existe copia de la comunicación suscrita por el Representante Legal encargado de COLOMBIA MOVIL S.A. ESP de 2 de diciembre de 2004, dirigida al Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que da respuesta a la solicitud de 22 de noviembre de 2004, en la que se refiere a cada uno de los requerimientos, ya sea para informar que remite el expediente o la contestación a los usuarios, información que fuera solicitada de tiempo atrás por la SIC, y en otros ítems, anuncia que la información será remitida en el transcurso de la semana siguiente a dicha respuesta.

Con base en lo anterior, la superintendencia sancionó con multa de $179.000.000.oo a la sociedad actora por medio de los actos acusados.

Los actos acusados

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTEDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN 30332 DE 2004
3 DE DIC DE 2004
Por la cual se impone una sanción
Radicación 04116726
EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por el numeral 5 del artículo 2º del decreto 2153 de 1992, y
CONSIDERANDO

PRIMERO: Que con fundamento en lo previsto en los decretos 2153 de 1992 y 1130 de 1999 en consonancia con lo previsto en la ley 142 de 1994, esta Superintendencia formuló a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP., cuarenta y nueve (49) requerimientos que no fueron atendidos satisfactoriamente, tal como se aprecia en la siguiente relación:
"…
SEGUNDO: Que en atención a los hechos descritos y con fundamento en las facultades otorgadas a esta Superintendencia por el numeral 5 del artículo 2º del decreto 2153 de 1992 y el artículo 40 del decreto 1130 de 1999, el 22 de noviembre de 2004 se inició, mediante la expedición de la respectiva solicitud de explicaciones, la correspondiente

investigación administrativa por la supuesta inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Entidad a las que se hiciera referencia en el considerando precedente.

TERCERO: Que el doctor León Darío Osorio Martínez, en condición de representante legal de la sociedad Colombia Móvil S.A. EPS, mediante escrito radicado en esta entidad el 2 de diciembre de 2004, respondió a la solicitud de explicaciones formulada dentro de la presente actuación refiriéndose a cada uno de los casos relacionados en la solicitud de explicaciones, enviando en algunos casos el expediente respectivo para que se surta el recurso de apelación, anunciando en otros la futura remisión del mismo ora advirtiendo, en relación con los expedientes incompletos, que "…se están adelantando las acciones necesarias para completar la documentación faltante".

CUARTO: Que en relación con la respuesta presentada por la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP., este Despacho efectuará las siguientes precisiones:
De acuerdo con el contenido de la solicitud de explicaciones con la que se inició la presente actuación administrativa, se atribuye a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP., el no haber acatado las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en cuarenta y nueve casos en particular relacionadas, primero, con la solicitud de envío de expedientes para resolver recursos de apelación; en segundo término, con la obligación de acreditar ante esa Entidad la contestación suministrada a suscriptores o usuarios frente a sus peticiones, quejas o reclamos; y, en tercer lugar, con la exigencia de complementar expedientes remitidos en forma incompleta.

Definidas en estos términos las omisiones que motivaron la presente investigación, es necesario referirse entonces a los argumentos expuestos por la sociedad Colombia Móvil S.A., ESP, en el marco de la respuesta a la solicitud de explicaciones formulada por esta Entidad.

Así las cosas, lo primero que debe advertirse es que la compañía investigada se limitó a atender parcialmente y, como es obvio, de manera extemporánea, las instrucciones cuya inobservancia generó la presente actuación administrativa.

Es claro entonces, que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP guardó silencio en relación con el tema que es objeto de investigación, esto es, las razones que llevaron a la desatención injustificada de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus atribuciones en materia de protección de suscriptores y usuarios de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones.

Se encuentra establecida como quedó visto, la inobservancia injustificada por parte de la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP respecto de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia a las que se hiciera expresa alusión en el considerando primero de esta resolución. Como consecuencia, al tenor de lo normado por el artículo 40 del decreto 1130 de 1999, el numeral 5 del decreto 2153 de 1992, en consonancia con lo previsto en el numeral uno del artículo 79 de la ley 142 de 1994 y el artículo 81 ibídem, se impondrá a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP una sanción pecuniaria a favor de la Nación por la suma de ciento setenta y nueve millones de pesos ($179.000.000.oo), equivalente a

quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto al que se llega luego de analizar la naturaleza de la infracción y, en particular, el efecto generado frente a la decisión que los recursos de apelación y la consecuente afección del derecho de los suscriptores y usuarios a presentar peticiones, quejas, reclamos y recursos.

En mérito de expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Imponer a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP una sanción pecuniaria a favor de la Nación por la suma de ciento setenta y nueve millones de pesos ($179.000.000.oo), equivalente a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.
"(…).

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTEDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN 32257 DE 2004
29 DE NOV DE 2005
Por la cual se resuelve un recurso de reposición
Radicación 04116726
EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por los artículos 17 del decreto 2153 de 1992, 40 del Decreto 1130 de 1999, 50 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo, y
CONSIDERANDO

"…
"RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: No reponer la Resolución No. 30332 del 3 de diciembre de 2004, por las razones expuestas en la anterior parte motiva.
"(…).

De acuerdo con los anteriores antecedentes la Sala analiza los argumentos de disconformidad del recurrente con la sentencia apelada.

1.Según la recurrente se violó el debido proceso por falta de aplicación de los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994, ya que, iniciada una investigación administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en las facultades del numeral 5º del artículo 2º del

Decreto 2153 de 1992 y por expresa remisión de esta norma que indica que para tales eventos la SIC debe proceder ***"de acuerdo con el procedimiento aplicable"*** y en concordancia con lo indicado en el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, esa entidad debió aplicar dichas normas que prevén:

"Ley 142 de 1994

"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

"CAPITULO II

DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA ACTOS UNILATERALES

Artículo 106*. Aplicación. Las reglas de este capítulo se aplicarán en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de la presente Ley, y que no hayan sido objeto de normas especiales.*

Artículo 107*. Citaciones y comunicaciones. La citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla, y si el citado tuviere domicilio en el país; si lo tuviere en el exterior, se entenderá cumplida al cabo del vigésimo día. Las publicaciones se entenderán surtidas al cabo del día siguiente a aquel en que se hacen. La citación o comunicación podrá hacerse, también, verbalmente, o por la entrega de un escrito, de todo lo cual se dejará constancia.*

Artículo 108*. Período probatorio. Dentro del mes siguiente al día en que se haga la primera de las citaciones y publicaciones, y habiendo oído a los interesados, si existen diferencias de información o de apreciación sobre aspectos que requieren conocimientos especializados, la autoridad decretará las pruebas a que haya lugar.*

Artículo 109*. Funcionario para la práctica de pruebas y decisión de recursos. Al practicar pruebas, las funciones que corresponderían al juez en un proceso civil las cumplirá la autoridad, o la persona que acuerden la autoridad y el interesado; o cuando parezca indispensable para garantizar la imparcialidad y el debido proceso y el interesado lo solicite, la que designe o contrate para el efecto el Superintendente de Servicios Públicos. Este, a su vez, podrá*

designar o contratar otra autoridad o persona para que cumpla las funciones que en este capítulo se le atribuyen.

Los honorarios de cada auxiliar de la administración se definirán ciñéndose a lo que éste demuestre que gana en actividades similares, y serán cubiertos por partes iguales entre la autoridad y quien pidió la prueba, al término de tres días siguientes a la posesión del auxiliar, o al finalizar su trabajo, según se acuerde; el Superintendente sancionará a los morosos, y el auxiliar no estará obligado a prestar sus servicios mientras no se cancelen. Si la prueba la decretó, de oficio, la autoridad, ella asumirá su valor.

***Artículo 110**. Impedimento y recusaciones. Cuando haya lugar a impedimentos y recusaciones y la persona que los declare o contra quien se formulen no tenga superior jerárquico inmediato, el Superintendente de Servicios Públicos asumirá las funciones que el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo atribuye al superior inmediato. Si el Superintendente se declarare impedido o fuere recusado, la persona que designe el Presidente de la República asumirá sus funciones.*

***Artículo 111**. Oportunidad para decidir. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente Ley.*

***Artículo 112**. Notificaciones. La autoridad podrá contratar con empresas especializadas, de reconocida seriedad, que ofrezcan póliza de cumplimiento, para que hagan las notificaciones de los actos administrativos a que se refiere esta Ley.*

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

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

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

> ***Artículo 114****. Presentaciones personales. No será necesaria la presentación personal del interesado para hacer las peticiones o interponer los recursos, ni para su trámite.*
>
> ***Artículo 115****. Procedimientos con el Superintendente de Servicios Públicos. Cuando la autoridad que adelante el procedimiento administrativo sea el Superintendente de Servicios Públicos, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República ejercerá, respecto de éste, aquellas funciones y facultades que en este capítulo se le confieren al Superintendente para garantizar la imparcialidad de los procedimientos que adelantan otras autoridades.".*

Sin embargo, observado el texto de la demanda éste es un cargo que no hizo parte ni de las normas violadas ni del concepto de la violación.

En efecto, en el capítulo de normas violadas se señalaron como tales, los artículos 2, 6, 13, 29, 83, 123, 150 numeral 8, 209 y 228 de la Constitución Política y el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, y el concepto de la violación fue orientado por la demandante, a establecer que la indebida y arbitraria valoración de las pruebas, violaba el debido proceso; en efecto, manifestó expresamente la actora *"…al apreciar indebidamente las pruebas con las que contaba, y darles un alcance muy por encima del que realmente debieron haber tenido, incurrió en una flagrante violación al debido proceso en detrimento de los derechos de Colombia Móvil S.A. E.S.P., en la medida en que toda decisión de la administración debe fundarse en procedimientos y normas preestablecidas y en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación…",* sin mencionar la falta de aplicación de los artículos 106 a 115 de la Ley 142 de 1994.

La Sala observa que el cargo no se formuló en la demanda, por lo que su planteamiento en la segunda instancia resulta extemporáneo y viola el derecho de defensa de la demanda.

En el anterior sentido se ha pronunciado esta Sección[1], en los siguientes términos:

> *"…frente a los nuevos cargos que plantea la actora en su recurso de apelación, la Sala se inhibe de cualquier pronunciamiento, por cuanto el marco del proceso está dado por las disposiciones que se invocan como violadas o las causales de nulidad que se aleguen en la demanda o en su corrección o adición, no siendo posible a la parte actora en forma posterior y, menos aún, en su recurso de apelación y en el alegato de conclusión, acudir a otras fuentes normativas o causales de nulidad en sustento de sus pretensiones, pues ello contravendría el debido proceso, vulneraría el derecho de defensa de las demás partes que intervienen en el proceso y, por ende, desconocería el principio de lealtad procesal y la garantía a la igualdad de las partes en el proceso cuya efectividad corresponde garantizar al juez."*

En estas condiciones, la Sala considera que el argumento, materia de análisis, invocado por la recurrente no se dirige a controvertir las razones y fundamentos que asistieron al Tribunal de origen para denegar las pretensiones en lo que se refiere a la violación al debido proceso.

Por lo tanto el argumento de la demandante no puede ser atendido ya que, se reitera, se estaría conculcando el derecho de defensa de la demandada y se estaría desconociendo el principio de lealtad procesal y la garantía de igualdad de las partes en el proceso.

2. También manifiesta el recurrente que existió valoración errónea de la prueba obrante en el proceso, al no tener en cuenta los expedientes y respuesta de PQR's allegadas el día anterior al de la expedición de la Resolución demandada, así como el compromiso de envío de los que hacían falta.

---

[1] Sentencia de 21 de noviembre de 2013, expediente 50001-23-31-000-1999-03802-01, Consejera Ponente, doctora María Claudia Rojas.

De la lectura del requerimiento realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, de la respuesta dada a dicho requerimiento y de los actos acusados, documentos arriba transcritos en lo pertinente, la Sala Concluye:

Que la SIC con fundamento en sus competencias formuló a la Sociedad Colombia Móvil S.A. ESP, 49 **requerimientos que no fueron atendidos satisfactoriamente.** Requerimientos que son relacionados en el siguiente cuadro:

No	Número Rad. SCI	Nombre(s) y Apellidos del Usuario	Fecha del requerimiento	Motivo del requerimiento	Observaciones
001	04055102	Jorge Eliécer Suárez - Organización Informática Gamma	28/09/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
002	04083538	Julio Ramiro Alfonso Aponte -Quirúrgicos Alfa	16/09/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
003	04087772	Ana María Urbina Caicedo	16/09/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la
004	04092972	Jaime Sastoque Méndez	04/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la
005	04088651	Jhony Alexander Villa	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la
006	04096301	Pedro Felipe Bohórquez Gaitán	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
007	04091465	Gina Paola Achury Velásquez	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia
008	04091605	John León Rodríguez	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
009	04094940	Piedad V. Graciano Montano	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
010	04090000	Pierre Simard	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
011	04089558	Cristhian Eduardo Mappe Ramírez	06/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.

012	04099412	Yeimin Rolando Abello Rodríguez	06/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
013	04100151	Oswaldo Aponte Estupiñán	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia,
014	04093602	Ana Lucinda Archila A. - Carlos Julio Vargas Chavarro	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
015	04097297	Juan Manuel Ramírez Martínez	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
016	04100647-	José Olmedo Escalante	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
017	04098682	Carlos Pérez Ángel	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
018	04101308	Jaime Granados Roa	21/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
019¡	04100631	Alfredo José Bateman Serrano	21/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
020	04101883	Margarita Marín	21/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
021	04103933	Blanca Mercedes Macías de Cubillos	21/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia,
022	04074776	Nicolás Gabriel Ossa Suárez	05/08/2004	Solicitar expediente de apelación.	No hubo respuesta a la Superintendencia.
023	04096720	Claudia Patricia Rodríguez Martínez	07/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
024	04093865	Haim de la Rosa Tovar	13/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
025	04093714	Eugenio Pérez Aristizábal Coval Comercial S. A.	30/09/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
026	04090688	Ximena Patricia Gómez Higuera	30/09/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.

027	04100532	María Isabel Díaz de Castilla	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada a quejoso.
028	04104289	Felipe Andrés Buriticá	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
029	04104684	Julio Torres Escamiila - Servipanacom	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
030	04104384	Sandra Liliana Bustos Rodríguez	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
031	04103947	Fredy Quintero Jaramiilo	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
032	04092666	MakzaryÁlvarez	27/09/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
033	04101643	José Remero Moreno Mancera	19/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
034	04101632	Luis Jorge Martínez Motta	19/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
035	04092609	Marisol Retiz Cruz - Piso Plex Ltda.	21/10/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
036	04076035	Claudia María Sterling Posada - Salud Total	17/09/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
037	04092194	Grethel Rivera Rodríguez	30/09/2004	Trasladar PQR no atendida oportunamente.	No se acreditó ante la Superintendencia la respuesta dada al quejoso.
038	04088010	Diego Reynel Mejía Chavarro	07/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
039	04059870	Eugenio Núñez	28/09/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.

040	04097125	Alejo Buitrago Camargo	14/09/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió Incompleto el expediente a la Superintendencia.
041	04095217	Adriana Echavarría Quiroz	06/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
042	04090809	Fernando Suárez Gómez	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
043	04089159	Ricardo Aejo Trujillo Lozano - Unitel Ltda.	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
044	04078042	Humberto Gómez Ramírez	05/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
045	04090257	Eduviges Amaya de Gómez	04/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
046	04087440	Jesús Antonio Cadavid Echeverry	16/09/2004/.	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
047	04092976	Luis Orlando Barrera Pineda	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
048	04092913	Luis Guillermo González Yepes	06/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.
049	04099166	Jaime Olaya	14/10/2004	Solicitar expediente de apelación.	Se envió incompleto el expediente a la Superintendencia.

El Representante Legal encargado de COLOMBIA MOVIL S.A. ESP el 2 de diciembre de 2004 contestó la anterior comunicación refiriéndose a los requerimientos hechos por la SIC, ya sea para indicar, de varios de ellos, que remite el expediente correspondiente o la contestación a los usuarios, información que fuera solicitada meses atrás como se observa en la columna de “fecha de requerimiento” del cuadro transcrito; y respecto de otros requerimientos, anuncia que la información será remitida en el transcurso de la semana siguiente a dicha respuesta. Sin embargo, como así lo señalan los actos acusados, la sociedad actora no cumplió con el deber de rendir “explicaciones” sobre la injustificada demora o la omisión en el cumplimiento de los requerimientos hechos por la SIC, simplemente se le limitó a mandar

parcialmente la información solicitada en los requerimientos.

En efecto el acto acusado es preciso al señalar el motivo de la sanción:

> *"Es claro entonces, que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP guardó silencio en relación con el tema que es objeto de investigación, esto es, las razones que llevaron a la desatención injustificada de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus atribuciones en materia de protección de suscriptores y usuarios de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones."*

Es por ello que los requerimientos hechos con fechas anteriores como se observa en el cuadro, fueron ahora atendidos en forma extemporánea y sin ninguna justificación.

Interpreta erróneamente la sociedad actora el texto de los actos acusados, ya que cree que al haber anexado a su contestación de 2 de diciembre de 2004, los expedientes contentivos de la información de los requerimientos hechos tiempo atrás, da por cumplida la solicitud de explicaciones hecha la Superintendencia sobre la injustificada demora en las respuestas a los requerimientos señalados en el cuadro anterior.

Para la Sala fue clara la solicitud de explicaciones hecha por la administración respecto la desatención injustificada de las instrucciones impartidas por la SIC, como también es evidente la total omisión en las explicaciones que debió dar la sociedad actora a la SIC. Por lo tanto el acto administrativo se encuentra debidamente motivado y en él se hizo una real valoración de la prueba, sobre la desatención a las instrucciones impartidas por la SIC, hecho que se encuentra enmarcado dentro del numeral 2, del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 como pasible de sanción.

> ***"DECRETO 2153 DE DICIEMBRE 30 DE 1992***
>
> ***REPUBLICA DE COLOMBIA***

Ministerio de Desarrollo Económico

Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA en ejercicio de las atribuciones constitucionales, en especial de las que le confiere el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que trata el mismo artículo,
ARTICULO 2º. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:
"…

***2. Imponer las sanciones pertinentes** por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, **así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia**.*

"..

4. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este Decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.

5. Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de los Instrucciones Impartidas por la Superintendencia. (Resaltado fuera de texto)

"(…).

3. Finalmente respecto de la desproporción en la multa impuesta, al señalar la recurrente que comparada con una Resolución 29611 del 29 de noviembre de 2004, de cuya existencia se hizo saber al Tribunal, la cual sancionó a la demandante anteriormente por el supuesto incumplimiento en la emisión oportuna de la respuesta a 572 PQRs con 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que en el presente caso, donde el supuesto

incumplimiento es de menos del 10% de lo sancionado en el evento comentado, la administración fue injusta y omitió el principio de la proporción que debe existir entre la conducta y la sanción impuesta; se comparten las razones del a quo.

En efecto, la Sala avala las consideraciones del Tribunal en la medida en que el argumento de la sociedad actora no se encuentra probado dentro del proceso, ya que no allegó copia de la Resolución 29611 de 29 de noviembre de 2004 y por lo tanto se hace imposible hacer la comparación que echa de menos la accionante, pues es deber de la demandada probar sus dichos. Además como bien lo dice el a quo, el derecho fundamental de petición se observa conculcado sistemáticamente ya que el requerimiento muestra 49 peticiones sin resolver oportunamente.

Por todo lo anterior, se impone confirmar la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 3 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO