

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES**

Bogotá D.C., _____

12 MAR 2020

Sentencia número _____

00002607

Acción de Protección al Consumidor No 19-241288**Demandante: DIEGO MAURICIO HURTADO PRISCO****Demandado: COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA.**

Estando el expediente al Despacho a causa de encontrarse vencido el término de traslado de la demanda y, de esa manera, concluida como está la etapa escrita de este proceso verbal sumario, procede la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales a proferir sentencia escrita, teniendo en cuenta que en el presente asunto se cumplen todos los presupuestos contenidos en el inciso 2º del párrafo 3º del artículo 390 del referido cuerpo normativo.

Para ello, se tienen en cuenta los siguientes,

I. ANTECEDENTES**1. Hechos**

- 1.1. La parte demandada está cobrando a la parte accionante un servicio de telefonía móvil pos pago que no ha solicitado.
- 1.2. El servicio fue vendido por teléfono.
- 1.3. La parte accionante solicitó a la parte demandada la grabación que contiene la llamada con la oferta y la venta del servicio, en la cual encontró errores en los datos personales del accionante como dirección y demás.
- 1.4. La parte accionante presentó la reclamación por estos hechos pero recibió una respuesta desfavorable.

2. Pretensiones:

El extremo activo solicita que se declare que la parte demandada vulneró los derechos del consumidor y en consecuencia, se ordene la eliminación de la obligación, la exoneración del pago de la deuda y no se realice reporte negativo a centrales de riesgo.

3. Trámite de la acción:

El 29 de noviembre de 2019, mediante Auto No 122719 (fol. 13), esta Dependencia admitió la demanda de mínima cuantía interpuesta por la parte demandante, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales atribuidas por la Ley 1480 de 2011 providencia que fue notificada debidamente al extremo demandado a la dirección electrónica judicial registrada en el RUES (fls. 9) esto es al correo notificacionesclaromovil@claro.com.co (fols. 14 a 15), con el fin de que ejerciera su derecho de defensa

Dentro del término otorgado para contestar la demanda, la accionada radicó memorial visible a folios 16 a 48 del expediente, donde se pronunció a los hechos, y excepcionó i) la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto de la demanda con la favorabilidad otorgada a la usuaria, e ii) inexistencia de la obligación.

4. Pruebas**• Pruebas allegadas por la parte demandante:**

La parte demandante aportó y solicitó que se tuvieran como pruebas los documentos obrantes a folios 3 a 8 del expediente.

A estos se les concederá el valor probatorio que corresponda bajo las previsiones de los artículos 244, 245, 246 y 262 del Código General del Proceso.

- **Pruebas allegadas por la parte demandada:**

La parte demandada aportó y solicitó que se tuvieran como pruebas los documentos obrantes a folios 18 a 24 y 28 a 48 del expediente.

A estos se les concederá el valor probatorio que corresponda bajo las previsiones de los artículos 244, 245, 246 y 262 del Código General del Proceso.

II. CONSIDERACIONES

Habiéndose agotado las etapas procesales de rigor y en ausencia de nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia, teniendo en cuenta que el parágrafo tercero del artículo 390 del Código General del Proceso prevé la posibilidad de proferir sentencias escritas en aquellos procesos verbales sumarios de mínima cuantía que versen sobre la acción de protección al consumidor, en los siguientes términos:

"Parágrafo tercero. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.

Quando se trate de procesos verbales sumarios, el juez podrá dictar sentencia escrita vencido el término de traslado de la demanda y sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y no hubiese más pruebas por decretar y practicar." (Negrillas fuera de texto).

En el presente caso se analizarán los siguientes: i) la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con los derechos de los consumidores de cara a las pretensiones formuladas por la actora, ii) la existencia o no de una relación de consumo iii) el derecho vulnerado y iv) verificar si es procedente acceder a la favorabilidad otorgada por la sociedad accionada.

I. Competencia de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio

En primer lugar, es preciso señalar que por disposición constitucional (art. 116 C.P.), excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, sin embargo, no le es permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con facultades jurisdiccionales en materia de consumo desde la misma Ley 446 de 1998 (art. 145)¹, estas facultades fueron ratificadas con la Ley 1480 de 2011 (art. 56) y a su vez la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso (art. 24), las amplió en lo relacionado con la infracción a los derechos de propiedad industrial.

¹ Atribuciones en materia de protección al consumidor. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá, a prevención, las siguientes atribuciones en materia de protección del consumidor, sin perjuicio de otras facultades que por disposición legal le correspondan:

a) Ordenar el cese y la difusión correctiva, a costa del anunciante, en condiciones idénticas, cuando un mensaje publicitario contenga información engañosa o que no se adecue a las exigencias previstas en las normas de protección del consumidor;

b) Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias;

c) Emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción, la comercialización de bienes y/o el servicio por un término de treinta (30) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto y/o servicio atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores;

d) Asumir, cuando las necesidades públicas así lo aconsejen, las investigaciones a los proveedores u organizaciones de consumidores por violación de cualquiera de las disposiciones legales sobre protección del consumidor e imponer las sanciones que corresponda.

00002607

En lo concerniente a la competencia otorgada por el Código General del Proceso, en su artículo 24 señaló que: *“Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor”*.

Bajo esa perspectiva, la entidad solo puede emitir pronunciamiento respecto de la violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor o en normas especiales de protección al consumidor, con lo cual no tiene competencia para declarar pretensiones en las que se persiga una conducta punible establecida en el Código Penal como lo es la falsedad personal instituida en el artículo 296², pues la competencia corresponde a la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales.

No obstante lo anterior, se dará análisis del caso bajo el amparo de las normas del Estatuto del Consumidor, esto sí se satisfacen los presupuestos de la existencia de la relación de consumo.

II. Relación de consumo

De cara a analizar lo correspondiente a la existencia de una relación de consumo, el Despacho considera pertinente, como primera medida, establecer cuál es el vínculo entre las partes que soporta la presente acción, dado que podría deducirse conforme a los hechos narrados por la actora que ante la presunta sustitución o suplantación en la contratación de un servicio, no existiría relación de consumo.

Sin embargo, tal supuesto no guardaría lógica y constituiría un desmedro en los derechos del actor, pues analizada la ocurrencia del caso sub examine encuentra este Despacho que, el señor DIEGO MAURICIO HURTADO PRISCO fue una tercera expuesta a la relación de consumo, pues pese a que nunca solicitó un servicio de la demandada, le fueron generados cobros en su contra, y, en últimas lo convirtió en consumidor del servicio prestado por la demandada.

Así, de manera indirecta se vio vinculada a una relación de consumo no requerida, pero que si afectó ostensiblemente sus derechos, situación que enmarca en la figura del *“Consumidor Bystander”*³, representación que, si bien no está consagrada en nuestro derecho colombiano, si fue acogida en algunos sectores de la doctrina internacional, según el cual este tipo de consumidores, corresponden a personas no adquirentes de bienes o servicios, pero que resultan expuestas a una relación de consumo.

Así las cosas, para este Despacho existe relación de consumo, por ende, legitimación en la causa por activa para el ejercicio de sus pretensiones.

III. Del derecho vulnerado

Este asunto estará ligado a un análisis del derecho de elección previsto en numeral 1.7. del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011, para tales efectos, es propicio traer a colación que las normas del Estatuto del Consumidor contemplan una serie de prerrogativas en favor de los usuarios inspiradas en la libertad que tienen de adoptar decisiones de consumo fundadas en relación con los bienes y servicios que ofrecen productores y proveedores en el mercado.

Estas ventajas suponen que el consumidor ante la variedad de productos que se ofrecen pueda decidir que bienes y servicios adquiere para la satisfacción de necesidades privadas, familiares, domésticas o empresariales que no estén ligadas a su actividad económica.

En el presente caso se advierte por este Despacho que, el demandante se vio compelido al pago de unas sumas de dinero por una línea móvil pospago No 3209551378, por una prestación que nunca

² Artículo 296 del Código Penal. El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito.

³ SHINA, FERNANDO E, Estatuto del Consumidor/ Fernando E. Shina 1ª ed- Bogotá: Astrea SAS-Universidad del Rosario, 2017. P 48 y 49.

“Un señor estaba cortando el césped del jardín de su casa mientras su pequeño nieto de cuatro años jugaba no muy lejos. Todo ocurrió muy rápido; sin motivo aparente una pieza de la maquina salió disparada y se estrelló en el brazo izquierdo del niño. El golpe fue fortísimo, y si la cosa no terminó en una verdadera tragedia fue gracias a que el impacto fue en el brazo y no en la cabeza del niño. Lo cierto es que luego de algunos días de zozobra la familia comenzó hacer averiguaciones y arribó a la conclusión de que el accidente tuvo como causa directa un defecto en la producción de la máquina. Se decidió, entonces, iniciar un juicio contra el fabricante”.

escogió, constituyendo una flagrante violación a los derechos del usuario quien bajo amparo constitucional y legal tiene la libertad de escoger los bienes y servicios ofrecidos por los distintos productores y proveedores.

Sumado a ello, se desconoce qué medidas de seguridad adoptó la pasiva para evitar este daño al consumidor. Sobre el particular, nótese que a folio 38 del expediente, en la respuesta suministrada al señor DIEGO MAURICIO HURTADO PRISCO se adujo que no se encontraron inconsistencias en la llamada de venta del servicio, el 29 de julio de 2019, que hagan presumir que existió falsedad personal; no obstante, al proceso no fueron allegadas pruebas que permitan determinar el adecuado proceso de venta y las medidas de seguridad adoptadas para la adquisición del servicio.

En consecuencia, no cabe duda que le fueron vulnerados los derechos al consumidor, en específico el derecho a la elección, tal y como se dejó sentado en líneas anteriores, habida cuenta que no logró desvirtuar que en efecto el extremo actor fue quien suscribió el contrato o solicitó el servicio.

IV. Favorabilidad otorgada por la sociedad accionada.

La parte demandada manifestó que, otorgó favorabilidad y, aceptó la pretensión de eliminación de la obligación, exoneración del pago, y el retiro de la información negativa que haya sido reportada del demandante.

Al respecto, si bien se argumenta haber procedido con la materialización de lo pretendido, la parte demandada solo demostró la cancelación de la línea telefónica móvil pospago desde el 3 de noviembre de 2019, pero no los ajustes de facturación, ni la eliminación de la información negativa ante centrales de riesgo, por lo que además de aceptar la intención de acceder favorablemente frente a lo pretendido, habrá de ordenarse su efectiva materialización, en caso de no haberse hecho.

Adicionalmente, en aras de salva guardar los derechos de la accionante en uso de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual estipula que, al adoptar la decisión definitiva, la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, en este evento se ordenara a favor de la demandante la expedición de los documentos que acrediten la terminación del contrato en cuestión y efectué el paz y salvo correspondiente a la obligación a cargo de la accionante

Por consiguiente, de conformidad con el acervo probatorio allegado al presente proceso, así como la favorabilidad otorgada por la demandada, el Despacho declarará la vulneración de los derechos discutidos, aceptará la intención de acceder favorablemente frente a lo pretendido y, en consecuencia, ordenará a la demandada:

- 1) Realizar los ajustes de facturación, dejando la cuenta al día y las gestiones necesarias ante las centrales de riesgo para eliminar la información negativa que haya sido reportada del accionante.
- 2) Expida los documentos que acrediten la terminación del contrato en cuestión y efectué el paz y salvo correspondiente de la obligación a cargo de la accionante.

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 del Código General del Proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la sociedad COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA, identificada con NIT 800.153.993 - 7, vulneró los derechos del consumidor de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Aceptar la intención de acceder favorablemente frente a lo pretendido y, en consecuencia, ordenar a la sociedad la sociedad COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA, identificada con NIT 800.153.993 - 7, que, a favor del señor DIEGO MAURICIO HURTADO PRISCO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.037.617.412, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia realice los ajustes de facturación, dejando la

12 MAR 2020

cuenta al día y las gestiones necesarias ante las centrales de riesgo para eliminar la información negativa que haya sido reportada del accionante

TERCERO: Ordenar a la sociedad a la sociedad la sociedad COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA, identificada con NIT 800.153.993 - 7, que a favor del señor DIEGO MAURICIO HURTADO PRISCO, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, expida los documentos que acrediten la terminación del contrato en cuestión y efectúe el paz y salvo correspondiente a la obligación a cargo del accionante.

CUARTO: Se ordena a la demandada acreditar el cumplimiento de la orden que se imparte en esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la expiración del plazo otorgado en el numeral precedente.

QUINTO: El retraso en el cumplimiento de la orden causará una multa a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo, de conformidad con lo dispuesto literal a) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

SEXTO: En caso de persistir el incumplimiento de la orden que se imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá decretar el cierre temporal del establecimiento de comercio, de conformidad con el literal b) del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

SEPTIMO: Sin perjuicio del trámite de la imposición de alguna de las sanciones previstas en los numerales que anteceden, téngase en cuenta que la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, la consumidora podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación.

OCTAVO: Sin condena en costas, por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE,

LENNYS LORENA LOZANO BARÓN⁴Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales

De conformidad con lo establecido en el artículo 295 del C. G. del P., la presente Sentencia se notificó por Estado.

No. 045.De fecha: 13 MAR 2020

FIRMA AUTORIZADA

⁴ Profesional universitaria adscrita al Grupo de Trabajo de Defensa del Consumidor de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, autorizada para el ejercicio de funciones jurisdiccionales mediante Resolución 14371 de 29 de marzo de 2017, expedida en desarrollo de lo previsto en el inciso segundo del parágrafo primero del artículo 24 del Código General del Proceso.