

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Multas de Superindustria son actos administrativos bajo control de la jurisdicción contenciosa%MULTAS POR INFRACCIONES AL REGIMEN DE LAS TELECOMUNICACIONES-Son actos administrativos%MINISTERIO DE COMUNICACIONES-Traslado de facultad sancionatoria a Superindustria en telefonía móvil celular

Respecto de la imposición de la multa, a juicio de esta Corporación no existe duda alguna de que tiene carácter administrativo, razón por la cual su legalidad es del conocimiento de esta jurisdicción. En efecto, el Decreto 990 de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de Telefonía Móvil Celular, en sus artículos 4º, 19, 20 y 22, prevé: "Artículo 4º. Principios aplicables. (...). "Artículo 19. Del trámite de las quejas y reclamos. (...). "Artículo 20. Del término para dar respuesta a las quejas y reclamos. Las quejas y reclamos deberán resolverse o contestarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su recepción. (...). "Artículo 22. Sanciones. Verificada la violación de las disposiciones establecidas en el presente decreto, el Ministerio de Comunicaciones podrá imponer las sanciones consagradas para el efecto en el Decreto 1900 de 1990 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan". Por su parte, el Decreto 1900 de 1990 "por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines", en su artículo 53 dispuso: "Artículo 53. La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión". A su turno, el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, "por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas", trasladó a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad sancionatoria que recaía en el Ministerio de Comunicaciones respecto de los operadores de telefonía móvil celular: (...). Es evidente, entonces, que los anteriores preceptos otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de imponer la sanción de multa, entre otras, a las empresas de telefonía móvil celular, cuando éstas incumplan con sus obligaciones, como fue en este caso la de responder en forma oportuna las reclamaciones, quejas o peticiones de sus suscriptores y usuarios, función administrativa que es parte de la facultad de regulación, control y vigilancia que compete al Estado respecto de los servicios públicos, según el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución Política.

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Quejas y reclamos: deber de responder dentro de los 15 días hábiles%QUEJAS Y RECLAMOS DE SUSCRIPTORES Y USUARIOS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Plazo para responder: 15 días%SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO-Telefonía móvil celular: aplicación%TELEFONIA MOVIL CELULAR-Aplicación del silencio administrativo positivo previsto en ley 142 de 1994 por remisión del decreto 1130 de 1999

Las empresas de telefonía móvil celular tienen la obligación de responder las quejas y reclamos de los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, como expresamente lo dispone el artículo 20 del Decreto 990 de 1998, razón por la cual el hecho de no haber demostrado COMCEL S.A., ni en la vía gubernativa ni en esta etapa judicial, que respondió dentro de dicho término las solicitudes de sus usuarios, habilitó a la Superintendencia de Industria y Comercio para imponerle la sanción de multa

cuestionada, pues tal y como lo dejó dicho en la Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, "Para el caso de la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concepto de idoneidad y calidad comprende la debida y oportuna atención de las peticiones, quejas y reclamos". Pues bien, el inciso 2 del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, antes transcrito, expresamente dispuso que "Igualmente, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores. Para el efecto, la Superintendencia, contará, en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios..." Como quiera que las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994, la Sala concluye que las empresas de telefonía móvil celular sí tienen la obligación de responder las quejas y reclamos presentados por los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días siguientes, so pena de que opere el silencio administrativo positivo, pues en la medida en que el Decreto 1130 de 1999 se remitió a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios para efectos de la función otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio de proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores de los servicios no domiciliarios de comunicaciones, su artículo 158, que hace parte del Capítulo VII denominado "DEFENSA DE LOS USUARIOS EN SEDE DE LA EMPRESA", constituye la norma especial expresa que exige el artículo 41 del C.C.A. para que se entienda configurado el silencio administrativo positivo, artículo 158 que establece "La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspicó la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él"

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Facultad para sancionar administrativamente por infracciones al régimen del consumidor o usuario en materia de telefonía móvil celular

La actora considera que los artículos 11, 13 y 29 del Decreto 3466 de 1982, en los cuales fundamentó la Superintendencia su decisión, no son aplicables al asunto que se controvierte. Establecen las citadas disposiciones: "Artículo 11.- Garantía mínima presunta:(...). "Artículo 13.-Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta. (,,). "Artículo 29.- Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías. En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías (...."La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3° del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36. En sentencia de 6 de agosto de 2004, esta Sección dejó dicho que "...en el régimen de protección al usuario de TMC se proyectaron los mismos criterios establecidos en el Decreto 3466 de 1982. De una parte, se señalaron como parámetros de calidad del servicio los estipulados en el contrato de concesión celebrado entre la Nación y el operador. De otra parte, se estableció un procedimiento de quejas y reclamos, se fijó el término de 15 días para resolverlos y se facultó al Ministerio de Comunicaciones (hoy SIC) para imponer multas en caso de incumplimiento del operador", es decir, que la demandada actuó con base en las normas que la

facultan para el efecto. Respecto de que las consecuencias de la investigación sobre las condiciones de calidad e idoneidad desembocan en una sanción pecuniaria y, en cambio, la efectividad de las garantías en ordenar reconocer las pretensiones a favor de los quejosos, lo que a juicio de la actora impedía acumular las distintas actuaciones, basta a la Sala para despachar desfavorablemente el cargo indicar que no hay norma que prohíba imponer una sanción pecuniaria y al mismo tiempo ordenar la efectividad de una garantía, además de que, como se dejó establecido, en este caso la demandada se refirió impropiaamente a la orden de efectividad de las garantías, pues la misma corresponde, en realidad, a un acto de ejecución, en la medida en que fue consecuencia del silencio administrativo positivo. NOTA DE RELATORIA. Se cita sentencia de 6 de agosto de 2004, Actora, Comcel S.A., Exp. 0033, Consejero Ponente, Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

ACUMULACION DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-Legalidad e invulneración del debido proceso: inaplicación de normas del CPC%PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA-Obligación de citar disposición legal que señale un procedimiento administrativo%ACUMULACION DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS-Inaplicación de normas del C.P.C.

En cuanto a que se violó el debido proceso por haber sido acumuladas diversas actuaciones, la Sala observa que es el propio artículo 29 del C.C.A., que considera violado la actora, el que permite dicha acumulación: "Cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias", acumulación que no está revestida de formalidad alguna, contrario a lo sostenido por la demandante. Tampoco encuentra fundamento el cargo referente a la violación de los artículos 157 y 159 del C. de P.C., que tratan del trámite de la acumulación, pues tal procedimiento está expresamente regulado en el C.C.A., cuando el inciso final del artículo 29 preceptúa que "Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días", lo que descarta también la alegada violación del principio de publicidad. Para la Sala no es de recibo la alegada violación del debido proceso, la cual fundamenta la actora en el hecho de que cada una de las investigaciones, luego acumuladas, no fueron abiertas mediante auto que así lo dispusiera, pues ésta no cumplió con la carga procesal que le correspondía de señalar qué disposición legal consagra tal obligación, omisión que exime a esta Corporación de hacer pronunciamiento alguno sobre el particular. Respecto de que las consecuencias de la investigación sobre las condiciones de calidad e idoneidad desembocan en una sanción pecuniaria y, en cambio, la efectividad de las garantías en ordenar reconocer las pretensiones a favor de los quejosos, lo que a juicio de la actora impedía acumular las distintas actuaciones, basta a la Sala para despachar desfavorablemente el cargo indicar que no hay norma que prohíba imponer una sanción pecuniaria y al mismo tiempo ordenar la efectividad de una garantía, además de que, como se dejó establecido, en este caso la demandada se refirió impropiaamente a la orden de efectividad de las garantías, pues la misma corresponde, en realidad, a un acto de ejecución, en la medida en que fue consecuencia del silencio administrativo positivo.

PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA-EI hecho de no conceder el recurso de apelación, procediendo éste, no es causal de nulidad del acto

En lo relacionado con la violación del principio de la doble instancia, debe observarse que la imposición de sanciones por parte del Superintendente Delegado tiene como efecto el que la misma se entienda impuesta por el mismo Superintendente en virtud de la delegación que por ley le ha sido otorgada, y, por tanto, al tenor del artículo 50 del C.C.A., contra los actos por aquél expedidos no procede el recurso de apelación. De todas maneras, la Sala precisa que el hecho de no conceder el recurso de apelación, procediendo éste, no es causal de nulidad del acto, pues la consecuencia de tal conducta es que el interesado puede acudir directamente a demandar los correspondientes actos, como lo prevé el inciso final del artículo 135 del C.C.A.

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Facturación de llamadas desde teléfono fijo: competencia de la Superindustria para sancionar al operador de TMC

El argumento consistente en que la Superintendencia de Comercio carecía de competencia para conocer de las reclamaciones relacionadas con el valor de las llamadas facturadas y realizadas desde un teléfono fijo no es de recibo, pues el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 expresamente señala que "... corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores"; y no podía ser de otro modo, pues, en últimas, quien recibe el valor de la llamada facturada es el operador de telefonía móvil y no el operador de telefonía fija. Además de lo anterior, la Sala se pregunta por qué si la actora no era competente se abstuvo de darle aplicación al artículo 33 del C.C.A., que dispone que si el funcionario a quien se dirige la petición no es competente deberá informarlo al interesado y enviar la petición al competente.

GARANTIA MINIMA EN TELEFONIA MOVIL CELULAR-AI ser producto del silencio administrativo positivo, la orden de efectivizarlo es acto de ejecución y no acto jurisdiccional%ACTO DE EJECUCION POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO-Telefonía móvil celular%ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCION-Garantía mínima por silencio administrativo positivo

Los artículos 145 y 147 de la Ley 446 de 1998, establecen: "Artículo 145. ATRIBUCIONES EN MATERIA DE PROTECCION 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: "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; "Artículo 147. COMPETENCIA A PREVENCION. (... "Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada". "Artículo 148. PROCEDIMIENTO (modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999) (...). "Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la

del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas". De acuerdo con las normas transcritas, la orden de hacer efectivas las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales, si ellas resultan más amplias, constituyen una función jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio y, por tanto, su estudio no compete a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, en un asunto similar al aquí controvertido esta Corporación concluyó que como la orden dada a COMCEL S.A. en el sentido de hacer efectivas las garantías de sus usuarios fue consecuencia de la configuración del silencio administrativo positivo, silencio que constituye un verdadero acto administrativo, dicha orden de efectividad constituye un mero acto de ejecución: "La Sala encuentra en dicho planteamiento una contradicción irreductible. En efecto: si, como sostiene la Superintendencia, la omisión del operador en decidir oportunamente un reclamo constituye 'silencio administrativo positivo', este silencio es, según el artículo 41 CCA, un verdadero acto administrativo (otorgamiento de lo reclamado) y, por lo tanto, las órdenes impartidas como consecuencia suya son meros actos de ejecución de dicho acto presunto, y como tales, también de naturaleza administrativa, y en ningún caso judicial. "Concluye entonces la Sala que la SIC no ejerció en este caso ninguna facultad jurisdiccional". En consecuencia, como la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no logró ser probada y como la presunción de legalidad de los actos acusados no logró ser desvirtuada, esta Corporación revocará la sentencia apelada en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las denegará.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-01195-01

Actora: COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la actora y la Superintendencia de Industria y Comercio contra la sentencia de 27 de noviembre de 2003, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y

competencia; declaró la nulidad de los actos acusados; a título de restablecimiento del derecho ordenó que la Superintendencia de Industria y Comercio restituya a la actora el valor de la multa; y declaró la nulidad de la orden de efectividad de las garantías a favor de los reclamantes.

I. ANTECEDENTES

COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos:

1º. Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, mediante la cual el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso a la actora una multa por valor de treinta y cuatro millones trescientos treinta y tres mil doscientos pesos (\$34'333.200.00), equivalentes a 132 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y le ordenó, a título de efectividad de garantía, reconocer a favor de los reclamantes sus pretensiones.

2º. Resolución 32638 de 1º de diciembre de 2000, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución identificada en el numeral anterior, confirmándola parcialmente, en el sentido de que la sanción es por valor de treinta y dos millones setecientos setenta y dos mil seiscientos pesos (\$32'772.600), equivalente a 126 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la efectividad de la garantía.

3º: Resolución 14316 de 30 de abril de 2001, por la cual el mismo funcionario decidió no reponer la Resolución 32638 de 2000 que negó el recurso de apelación, y negó la expedición de las copias de las Resoluciones 18496, 32638 y 14316.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que COMCEL S.A. no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la sanción impuesta en los actos acusados y, por tanto, se ordene la devolución de la suma de \$32.772.600.00 que aquella consignó a favor del Tesoro Nacional.

De igual manera, que se declare que COMCEL S.A. no está obligada a reconocer, a título de efectividad de garantía, suma alguna a favor de los reclamantes citados en la Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, y que para el evento de haber sido ejecutada la orden de la Superintendencia respecto del reconocimiento de las pretensiones de los reclamantes a título de efectividad de la garantía, se condene a la Nación – Ministerio de Desarrollo – Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrarle tales sumas, reajustadas conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., con sus respectivos rendimientos, teniendo como base los montos que la actora haya devuelto a los usuarios o haya solicitado su devolución por parte de otra empresa de servicios de telecomunicaciones.

Finalmente, solicita que a la sentencia se le dé cumplimiento en el término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y que las sumas de dinero que sea condenada a pagar la demandada devenguen los intereses máximos moratorios determinados por la Superintendencia Bancaria a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo establecido en el inciso 5 del artículo 177, ibídem.

a. Hechos

El objeto social principal de COMCEL S.A. es la prestación de servicios de telecomunicaciones, dentro de los cuales se halla incluida la telefonía móvil celular.

La Superintendencia Delegada para la Protección al Consumidor, en atención a las quejas formuladas por 33 suscriptores de la telefonía móvil celular, dentro de ellos muchos usuarios y suscriptores del servicio domiciliario de telefonía pública básica conmutada local (TBCL), inició unas actuaciones administrativas, sin proferir auto alguno, y formó un expediente para cada una de ellas.

Sin mediar proveído que así lo decretara, la demandada acumuló la totalidad de las actuaciones administrativas para culminar las investigaciones con un solo acto administrativo, esto es, la Resolución 18946, mediante la cual impuso una sanción pecuniaria global y, además, ordenó que a título de efectividad de la

garantía se reconociera a favor de los reclamantes el valor de sus pretensiones.

COMCEL SA. interpuso recurso de reposición contra el artículo primero de la citada Resolución y el de reposición y subsidiario de apelación contra su artículo segundo, recursos que fueron resueltos a través de la Resolución 32638 de 1º de diciembre de 2000, confirmando parcialmente el acto recurrido, en el sentido de disminuir el monto de la sanción pecuniaria y de excluir la orden de efectividad de garantía de 6 de los peticionarios, y negando el recurso de apelación respecto de la efectividad de la garantía.

Contra la Resolución 32638 COMCEL S.A. interpuso el recurso de queja, mediante el cual pretendió la reposición de la decisión que negó la apelación y, en subsidio, la expedición de copia de las Resoluciones 18946 y 32638, para efectos del trámite del recurso de queja ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

Mediante Resolución 14316 de 30 de abril de 2001 el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor no repuso la Resolución 32638 que negó el recurso de apelación y no expidió las copias solicitadas, acto que fue notificado por edicto desfijado el 29 de junio de 2001.

b.- Normas violadas y concepto de la violación

La actora considera que los actos acusados violaron los artículos 2º, 6º, 13, 29, 31, 83, 123, 150, numeral 8, 209 y 228 de la Constitución Política; 3º, 29, 41 y 50 del C.C.A.; 159 del C. de P.C.; 52 de la Ley 510 de 1999; y 145, literal b), de la Ley 446 de 1998, y esgrimió, para el efecto, los siguientes cargos:

Primer cargo.- Los actos acusados inobservaron el debido proceso, si se tiene en cuenta que la decisión en ellos adoptada se fundamentó en el hecho de que COMCEL S.A. no respondió oportunamente las reclamaciones y que, por ende, operó a favor de los peticionarios el silencio positivo administrativo.

Frente a la inoportunidad de la respuesta a los peticionarios, COMCEL S.A. afirmó ante la Superintendencia que respondió dentro de los términos legales, afirmación que no fue desvirtuada dentro de la investigación, de manera tal que no

puede presumirse el incumplimiento de términos, pues ello desconoce el principio de la buena fe a que alude el artículo 83 de la Constitución Política, y configura la causal de error en la motivación.

Segundo cargo.- El artículo 41 del C.C.A. preceptúa que solamente en los casos expresamente previstos en las disposiciones especiales el silencio de la Administración equivale a decisión positiva, pues, de lo contrario, se aplica la regla general del artículo 40 ibídem, según el cual, transcurrido el término de tres meses sin que se haya notificado decisión que resuelva la petición, ésta se entenderá negada.

Excepcionalmente la ley ha consagrado la figura del silencio administrativo positivo para algunas materias especiales, por ejemplo, para lo atinente a los servicios públicos domiciliarios (artículo 158 de la Ley 142 de 1994) y para los servicios públicos no domiciliarios la aplicación de dicho fenómeno se hizo por virtud del Decreto 266 de 2000 que fue declarado inexecutable, sin que en ningún momento pueda dársele a los artículos 19 y 20 del Decreto 990 de 1998 el alcance que no tienen, esto es, el de la ocurrencia del silencio positivo para las peticiones, quejas, reclamos y recursos de los suscriptores de telefonía móvil.

En el caso sometido a estudio se están aplicando normas legales inexistentes a la fecha de presentación de las peticiones, dándoles la demandada un carácter retroactivo que expresamente prohíbe el artículo 29 de la Constitución Política, con lo cual también se quebrantaron los artículos 2º, 6º y 209, ibídem, porque según los dos primeros las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, y son responsables por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y de acuerdo con el último la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en los principios de igualdad e imparcialidad.

Tercer cargo.- El Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor argumentó que la sanción se expidió en uso de las atribuciones dadas en los artículos 23, 24, 25, 29 y 43 del Decreto 3466 de 1982 y 2º, numeral 17, del Decreto 2153 del mismo año.

Además, la demandada fundamentó su determinación en los artículos 11, 13 y 29 del Decreto 3466, disposiciones que no vienen al caso por cuanto cobijan situaciones diferentes a las que se estudian, y en el artículo 145 de la Ley 446 de 1998, de donde se colige que la garantía a la cual se hace alusión en la decisión que se demanda es la mínima presunta (artículo 11 del Estatuto de Protección al Consumidor).

El Decreto 3466 de 1982 en su artículo 3º estableció el registro de calidad e idoneidad de bienes y servicios, con el cual se pretendió adoptar un modelo en que productores y vendedores de bienes y servicios registraran ante la Superintendencia de Industria y Comercio las características de unos y otros, de forma tal que se pudiese precisar su calidad e idoneidad. Persiguiendo una finalidad similar, fueron concebidas las licencias y permisos obligatorios y las normas técnicas obligatorias oficializadas.

Para ser objetiva, la investigación debió comparar las características registradas por el proveedor de los bienes y servicios y las realmente ofrecidas al público, de tal suerte que si de dicha comparación resultase una clara diferencia, se estaría en presencia de una conducta susceptible de sanción.

Al no existir el mencionado registro, así como tampoco la obligación de obtener licencias o permisos, y ante la ausencia de una norma técnica que regule los servicios prestados por COMCEL S.A., no es posible determinar por la Superintendencia la posibilidad de exigir la garantía mínima presunta, pues no existe un parámetro que permita calificar el comportamiento de la actora, razón por la cual debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 3466 de 1982, que establece que al no existir dichos parámetros se tendrán en cuenta *“las exigencias ordinarias y habituales del mercado”* y, por tanto, al no configurarse los supuestos indispensables que establece el artículo 11 y en ausencia de una relación entre la conducta de COMCEL S.A. y la última norma citada no era posible ordenar a la demandada que a título de efectividad de la garantía se reconocieran las pretensiones de los usuarios.

Además, es necesario determinar los factores de la garantía mínima presunta

(artículo 13 del Decreto 3466 de 1982) y el establecimiento del incumplimiento por parte del afectado con la efectividad, tal como se deduce del procedimiento indicado para ello en el artículo 29 de la Constitución Política, factores que no encajan en el caso sub júdice.

De otra parte, la entidad se refiere al artículo 13 del Decreto 3466 de 1982, el cual determina *“los aspectos que comprende la garantía mínima presunta y las garantías diferentes de la mínima presunta”*, dentro de ellos, la naturaleza del bien o servicio. Así, no resulta viable la adecuación de las peticiones y reclamaciones a esta norma, ya que los usuarios no manifestaron su inconformidad con los bienes suministrados, por lo que no se encuentra una relación de causalidad entre los comportamientos de que tratan los actos acusados y la obligación de COMCEL S.A. *“de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización de reparar y de suministrar los repuestos necesarios para este último efecto”*

El artículo 145 de la Ley 446 de 1998 atribuye a la Superintendencia la función de asegurar el cumplimiento de garantías, sin que precise de qué tipo de garantía se trata, por lo cual debe concluirse que en este caso se está frente a las garantías previstas en las normas de protección al consumidor.

En cuanto a las garantías a que se refiere el artículo 12 del Decreto 3466 de 1982 como *“garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor”* se tiene que no resultan aplicables al caso concreto, ya que el legislador exige que éstas se otorguen por escrito, lo cual no ocurrió en el caso de COMCEL S.A.

Es importante tener en cuenta que por la naturaleza del servicio que presta COMCEL S.A. el mismo no tiene la obligación de registrarse, así como tampoco tiene una técnica oficializada que establezca su calidad e idoneidad, razón por la cual no pueden ajustarse los supuestos fácticos a los preceptos normativos. En este orden de ideas, es requisito sine qua non el hecho de que el bien o servicio cumpla con cualquiera de las tres características enunciadas, ya que en su defecto no podrá aplicarse lo dispuesto por el artículo 23 del Estatuto de Protección al Consumidor.

Es claro, entonces, que sólo es posible hacer efectiva este tipo de garantías

cuando el bien o servicio tiene determinadas sus condiciones de calidad e idoneidad en el registro; cuando el bien o servicio deba ajustarse a normas técnicas oficializadas, aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro; y cuando en el contrato de compra venta o de prestación de servicio se hubiere acordado expresamente entre proveedor o productor y usuario y consumidor, otro tipo de garantía, cuestión que no ocurrió en este caso.

Cuarto cargo.- También fue violado el debido proceso al acumularse las diversas actuaciones administrativas, pues no se expidió una providencia que la dispusiera, lo que desconoció los artículos 29 del C.C.A. y 157 y 159 del C. de P.C., según los cuales una vez reunidos los expedientes el juez debe decidir sobre su acumulación, decisión que es necesario poner en conocimiento de los interesados a fin de que puedan ejercer oportunamente su derecho de defensa. Disponer la acumulación en forma secreta para las partes es violar los principios orientadores de las actuaciones administrativas, especialmente el de publicidad, según el cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, así como el principio de contradicción, por virtud del cual los interesados tienen derecho a conocer y a controvertir por los medios legales las decisiones de las autoridades (artículo 3º del C.C.A.).

Además, el trámite que antecedió a la expedición de los actos acusados no observó el debido proceso, como quiera que cada una de las investigaciones, luego acumuladas, no fueron abiertas mediante auto que así lo dispusiera, como tampoco se decretaron pruebas que permitieran concluir la violación al Estatuto del Consumidor.

Además, no se trataba de actuaciones de la misma naturaleza, razón por la cual no se podía acumular la verificación de la calidad e idoneidad de un bien o servicio ofrecido al público y, simultáneamente, la constancia de si en un determinado caso procede o no la solicitud para la efectividad de una garantía, ya que aquella tiene connotaciones puramente administrativas, y ésta características de otro contenido que necesariamente deben ser tramitadas y falladas por separado.

En efecto, las consecuencias de la investigación sobre las condiciones de

calidad e idoneidad desembocan en una sanción pecuniaria a favor del Estado y, en cambio, la efectividad de las garantías ordenan reconocer las pretensiones a favor de los quejosos, quienes son los únicos que se benefician.

De igual manera, el rechazo del recurso de apelación contra la decisión de la Superintendencia Delegada para la Protección al Consumidor quebranta también el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 31, ibídem, y 50 del C.C.A., codificación a la que se ha de acudir de manera obligatoria por parte de la demandada, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 52 de la Ley 510 de 1999.

La Superintendencia insiste en que solamente procede el recurso de reposición previsto en el artículo 50 del C.C.A., pero olvida que en él se prevé también subsidiariamente el de apelación, sin considerar que en este caso el acto sancionatorio también es susceptible de tal recurso, pues si bien en la norma citada se establece que no son apelables los actos del Superintendente, lo cierto es que en este caso el acto fue proferido por una de sus Delegadas, por lo cual se debió aplicar el principio de las dos instancias, la primera surtida ante el respectivo Superintendente Delegado, y la segunda ante el Superintendente.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992, dentro de las funciones del Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor se encuentra la de *“Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa contra los actos que expida”*, lo que aunado al hecho de que en la resolución sancionatoria dicho funcionario no indicó que obró en virtud de una delegación otorgada por el Superintendente, lo que mal podría hacer, pues la función es propia del Superintendente Delegado, como lo preceptúa el numeral 1, ibídem: *“Aplicar las medidas y sanciones a que haya lugar, de acuerdo con la función prevista en el numeral 22 del artículo 2 del presente decreto, conforme a la ley en las materias de su competencia, en especial de las previstas en el Decreto Ley 3466 de 1982”*, se concluye que sí procedía el recurso de apelación.

Quinto cargo.- Incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer y decidir sobre gran parte de las quejas formuladas por los usuarios a los cuales se refiere la parte motiva de la resolución sancionatoria.

Lo anterior, por cuanto el objeto de la petición por parte de 25 de los 33 suscriptores quejosos es el reclamo sobre el valor de llamadas facturadas y que son realizadas desde un teléfono fijo (servicio domiciliario) a un celular (servicio no domiciliario), y sólo 8 de las quejas tuvieron su origen en suscriptores del servicio de telefonía móvil celular.

En consecuencia, las 25 quejas han debido tramitarse por la empresa prestadora del servicio de telefonía local, y en el evento de que ésta no hubiese contestado las peticiones la entidad competente para iniciar la respectiva investigación y adoptar la medida sancionatoria era la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 79 de la Ley 142 de 1994).

De otra parte, el artículo 21 del Decreto 990 de 1998 establece que las quejas y reclamos presentados por usuarios y/o suscriptores del servicio de telefonía pública básica conmutada ante los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada relacionados con el servicio de telefonía móvil celular deberán observar, entre otras, la siguiente regla: *“El operador de telefonía pública básica conmutada en cuya red se origina la comunicación prestará oportunamente a sus usuarios el servicio de atención de quejas y reclamos en las condiciones y términos acordados con los operadores de los servicios de telefonía móvil celular de conformidad con la ley”*.

A su turno, el artículo 7.5.11 de la Resolución 336 del 2000, de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, preceptúa: *“Derecho a presentar peticiones, quejas reclamos (PQR) y recursos. Los operadores de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones deben informar a los suscriptores en el texto mismo del contrato sobre su derecho a presentar PQR’s y recursos....”*; y el artículo 7.5.12, ibídem, establece: *“Recepción de las PQR’s y recursos. El operador en cuya red se origina la comunicación, deberá recibir las PQR’s y recursos de sus suscriptores, por causa del servicio que preste otro operador, al que se encuentre interconectado de acuerdo con las condiciones pactadas entre estos. El operador que los reciba deberá verificar si la causal del reclamo compromete la red bajo su cuidado, informando de esto al otro operador. De su verificación dejará constancia escrita dentro del término del traslado o dentro de la oportunidad para decretar*

pruebas. Si el operador a quien le es trasladado el reclamo considera que la inconformidad del usuario se debe total o parcialmente a fallas del operador que origina la comunicación, o si estima insuficiente la verificación de que trata el inciso anterior, podrá requerir a este último para que practique las pruebas a que haya lugar. Parágrafo. Para efectos del traslado de que trata los incisos precedentes, se aplicará lo dispuesto por el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo”.

En consecuencia, cuando se trate de la petición, queja o reclamo formulado por un suscriptor de la telefonía pública básica conmutada local, la entidad competente para sancionar el incumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

b.- La oposición

La demanda fue notificada a la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio, quien a través de apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda, esgrimió los siguientes argumentos:

El artículo 40 del Decreto 1130 de 29 de junio de 1999, dispone 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 y suscriptores y consumidores, contando para el efecto, en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En armonía con la norma anterior, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 prevé que las peticiones, quejas, reclamos y recursos de los suscriptores de servicios públicos domiciliarios deberán ser respondidas dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario propició la demora o que se requirió de la práctica de pruebas, pues, de lo contrario, se entenderá que la petición, reclamo o recurso fue resuelto en forma favorable a él, previsión que también se aplica para los servicios de telefonía celular, por cuanto la remisión a las facultades se hizo sin restricción alguna.

De otra parte, si bien es cierto que el artículo 23 del Decreto 3466 de 1982 establece la responsabilidad de los productores de bienes y servicios cuya calidad e

idoneidad haya sido registrada o determinada por una norma técnica oficial obligatoria, también lo es que el artículo 25, ibídem, señala que respecto de los demás bienes y servicios sus productores deben cumplir, en relación con su calidad e idoneidad, con las exigencias mínimas del mercado.

En Colombia existen dos tipos de garantías, a saber:

Garantía legal: De conformidad con los artículos 11, 13 y 25 del Decreto 3466 de 1982, las garantías legalmente establecidas pueden tener las siguientes fuentes: registro o licencia, norma técnica oficial obligatoria y, en el caso de no existir una u otra, las condiciones ordinarias y habituales del mercado, pues, de no ser así, el consumidor quedaría absolutamente sometido al querer del productor.

Garantía voluntaria: De acuerdo con el artículo 12 del Estatuto del Consumidor, tanto productores como proveedores y expendedores están facultados para otorgar garantías adicionales a la legal en relación con los productos que producen, proveen o expenden. Naturalmente, debe entenderse que la garantía voluntaria no puede ser inferior a la legal, ya que ésta contiene las condiciones mínimas que deben garantizarse a los consumidores para que estos puedan encontrar en el mercado satisfacción a sus necesidades.

En relación con el procedimiento observado por la Superintendencia para efectos de ordenar la efectividad de las garantías, es claro que el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el 52 de la Ley 510 de 1999, preceptúa que éste debe ser el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I, del C.C.A., en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular, y en las disposiciones del Capítulo VIII y, en lo no previsto, con base en las normas del proceso verbal sumario.

Debe tenerse en cuenta, además, que la Ley 446 de 1998 asignó funciones de carácter jurisdiccional a determinadas autoridades administrativas en razón de su especial conocimiento y, por consiguiente, de su adecuada capacidad para tramitar expedita y certeramente dichas controversias.

El artículo 145, literal b), de la Ley en cita, otorgó a la demandada la facultad

jurisdiccional para *“ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en la normas de protección al consumidor, o las contractuales que resulten más amplias”*, facultad que hace tránsito a cosa juzgada, sin que sean susceptibles de posterior revisión o control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

En cuanto a la violación del debido proceso, es de observar que la Superintendencia informó a la actora del inicio y motivo de las investigaciones, y le concedió la oportunidad de controvertir los hechos y de aportar las pruebas que le permitieran ejercer la defensa, lo cual no hizo dentro de la oportunidad legal.

Los principios de celeridad y economía son orientadores de la actuación administrativa, razón por la cual bien se podían decidir en un solo acto administrativo las investigaciones iniciadas, puesto que se verificó que COMCEL S.A. no atendió las peticiones y reclamos elevados por sus usuarios.

Excepción

Propone la excepción de falta de jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la pretensión referente a la efectividad de las garantías, por cuanto tal decisión la adoptó la Superintendencia en ejercicio de su función jurisdiccional, es decir, que es cosa juzgada.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión objeto de apelación, el a quo consideró:

El Decreto 3466 de 1982, fundamento legal de la sanción impuesta, tiene como finalidad la protección del consumidor frente a la idoneidad y calidad de los bienes y servicios ofrecidos por los productores y proveedores, en cuanto hacen referencia a aspectos técnicos y de la naturaleza del bien o servicio, a la aptitud de ellos para satisfacer las necesidades para las cuales han sido producidos, y al conjunto total de propiedades que lo individualizan.

Los actos acusados sancionaron a COMCEL S.A. por no haber contestado dentro del término legal las peticiones de particulares, algunos clientes de aquella, lo cual se traduce en que no tienen carácter de jurisdiccionales, pues aun cuando se invocaron normas que tratan de la protección al consumidor, la decisión adoptada por la Administración se refiere a una situación ajena a dicha materia, como lo es la obligación de las empresas prestadoras de servicios de resolver en tiempo las peticiones de los usuarios.

Frente al fondo del asunto, aduce que el derecho de petición vincula a las organizaciones privadas que prestan servicios públicos, como es el caso de COMCEL S.A.

Mediante el Decreto 990 de 1º de junio de 1998 el ejecutivo expidió el reglamento del servicio de telefonía móvil celular, e incluyó en sus artículos 17 y siguientes el procedimiento para las quejas y reclamos que presenten los usuarios del citado servicio ante sus operadores, En el artículo 21 precisó lo siguiente: *“Reclamaciones y quejas de los usuarios fijos. Las quejas y reclamos presentados por los usuarios y/o suscriptores del servicio de telefonía pública básica conmutada TPBC ante los operadores del servicio TPBC relacionadas con el servicio de telefonía móvil celular observarán las siguientes reglas: 21.1. El operador de TPBC en cuya red se origina la comunicación prestará oportunamente a sus usuarios el servicio de atención de quejas y reclamos en las condiciones y términos acordados con los operadores del servicio de telefonía móvil celular, de conformidad con la ley. 21.2. Para los efectos previstos en el inciso 3 del artículo 3º de la Ley 422 de 1998, el presente decreto constituye una autorización general para la prestación de los servicios adicionales de medición y registro de tráfico, gestión operativa de reclamos, fallas, errores, cobranza, operadora, información autorizada, sobre número de usuarios, directorio telefónico”.*

Por su parte, el artículo 45 del Decreto Ley 266 de 2000 dispuso: *“Derecho de petición de los usuarios y/o suscriptores de la telefonía móvil celular y de los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios. La solicitud, trámite de la respuesta de sus peticiones, quejas y reclamos se sujetará a lo dispuesto en el título VIII, Capítulo VII, de la Ley 142 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen”.*

A su turno, el artículo 47 estableció: *“Competencia. Le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio resolver los recursos de apelación contra las decisiones que versen sobre las peticiones, quejas y reclamos que se reciban, atiendan, tramiten y respondan los operadores de servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, para lo cual contará, además de las propias, con las facultades que en materia de protección al consumidor se consagran para la Superintendencia de Industria y Comercio. En relación con la facultad aquí prevista, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá: 1. Atender los recursos que interpongan los suscriptores o usuarios, una vez surtido el trámite del recurso de reposición ante la entidad prestadora del servicio. 2. Señalar el procedimiento para que el usuario pueda hacer efectivos los derechos que se desprenden del silencio administrativo positivo de que trata la Ley 142 de 1994 y para que pueda acudir después a cualquier otra autoridad competente”.*

Con fundamento en las normas anteriores, el Tribunal concluye que el régimen aplicable a las peticiones, quejas y reclamos de los servicios públicos no domiciliarios, entre ellos el de la telefonía móvil celular, se encuentra en los artículos 23 de la Constitución Política y 5º y siguientes del C.C.A., por cuanto el Decreto 990 de 1998 deja al usuario a la voluntad de los acuerdos que sobre el particular realicen el operador de la TBPC y el operador de la telefonía móvil celular, y, además, porque si bien es cierto que el artículo 45 del Decreto Ley 266 de 22 de febrero de 2000 remitía para tal efecto a la Ley 142 de 1994, también lo es que la Corte Constitucional mediante sentencia C-1316 de 26 de septiembre de 2000 lo declaró inexecutable en su integridad a partir de su promulgación (22 de febrero de 2000), lo cual significa que el citado Decreto 266 perdió su fuerza ejecutoria, además de que es la misma Ley 142 de 1994 la que en su artículo 14-26 exceptúa la aplicación de esa normativa en lo concerniente a los servicios de telefonía móvil celular.

Se tiene, entonces, que la situación fáctica en el caso en estudio no se adecua a los supuestos y a las faltas tipificadas en el Decreto 3466 de 1982, es decir, que los actos acusados fueron falsamente motivados.

III. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

La actora recurrió el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, con el fin de que se condene a la demandada a devolverle la suma de \$32'772.600.00 con el reajuste dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. y con sus respectivos rendimientos económicos;

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio reiteró en su recurso las razones expuestas en la contestación de la demanda para defender la legalidad de los actos acusados, e insistió en que se debe declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer respecto de la legalidad de la efectividad de las garantías ordenada en los actos acusados.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

V.- LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Mediante la Resolución 18496 de 31 de julio de 2000 el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor impuso a la actora una sanción pecuniaria, y ordenó a favor de los reclamantes la efectividad de la garantía, de acuerdo con las pretensiones de cada uno de ellos. El texto de dicho acto es como sigue:

«RESOLUCIÓN 18946 DE 2000 “(3 DE JULIO DE 2000)

**“Por la cual se impone una sanción y se ordena la efectividad de unas garantías
“EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

“En ejercicio de sus facultades legales y en especial las que se le confieren en los artículos 145 de la Ley 446 de 1998, 23, 24, 25, 29 y 43 del Decreto 3466 de 1982, 2º, numerales 5 y 17, del Decreto 2153 de 1992, 1º del Decreto 1986 de 1998, 40 del Decreto 1130 de 1999 y 47 del Decreto 266 de 2000 y

“CONSIDERANDO

"PRIMERO: De acuerdo con lo señalado en los artículos 1 letra e y f, 23, 24 y 25 del Decreto 3466 de 1982, los prestadores de servicios responderán ante los usuarios por la calidad e idoneidad de aquellos que presten y, en esa medida, garantizarán que los mismos alcanzan, cuando menos las exigencias ordinarias y habituales del mercado y su aptitud para satisfacer las necesidades para las cuales fueron contratados y la Superintendencia de Industria y Comercio adelantará la investigación e impondrá la sanción administrativa correspondiente.

"Atendiendo lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 29 del Decreto 3466 de 1982, 145 y 148 de la Ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la efectividad de la garantía y determinará la forma de hacerla efectiva de acuerdo con la naturaleza del bien o servicio.

"Por su parte, los artículos 19 y 20 del Decreto 990 de 1998, señalan que los operadores de telefonía móvil celular están en la obligación de prestar a sus suscriptores y/o usuarios una atención suficiente, atenta y oportuna a las quejas y reclamos por éstos presentados, debiendo resolverlos o contestarlos dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de su recepción y que cuando no fuere posible resolver la queja en dicho plazo, así lo informará al interesado, indicando los motivos de la demora y señalando la fecha en que se resolverá y dará respuesta, so pena de las sanciones pertinentes.

"A su vez, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 establece que la empresa de servicios públicos no domiciliarios responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él.

"La Circular Externa No. 03 de Febrero 04 de 2000, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio estipula que los operadores de telefonía móvil celular y demás servicios no domiciliarios de comunicaciones deberán tramitar las peticiones, quejas y reclamos que les sean presentados directamente por los interesados o remitidos por esta Superintendencia, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VIII de la Ley 142 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y que igualmente, conforme con las disposiciones de la Ley 142 de 1994 antes indicadas, opera el silencio administrativo positivo cuando no sean respondidas en la oportunidad legal.

"Asimismo, el numeral 8 del artículo 114 del Decreto 266 de 2000 establece que los trámites ya iniciados al entrar en vigencia esta disposición se adelantarán y terminarán según la norma vigente al momento de su iniciación.

"**SEGUNDO.** La Superintendencia de Industria y Comercio recibió las siguientes reclamaciones contra la sociedad COMCEL S.A., las cuales afirman que la mencionada sociedad no atendió en su debida oportunidad las peticiones, quejas, reclamos o recursos interpuesta ante esta:

(Se relacionan los 33 usuarios, y el objeto y fecha de cada de una las reclamaciones) .

"**TERCERO.** Mediante los siguientes oficios se solicitaron explicaciones a COMCEL S.A. por no haber respondido y por no hacer efectivo el silencio administrativo positivo presuntamente generado por las reclamaciones que se dejan relacionadas en el considerando segundo de esta resolución:

(Se relacionan las fechas y números de los oficios por los cuales se solicitaron explicaciones a COMCEL.)

"**CUARTO.** Dentro del plazo señalado para responder, la sociedad operadora se abstuvo de contestar los requerimientos de esta Superintendencia No obstante, dentro de los respectivos expedientes obran manifestaciones de la sociedad operadora donde afirma haber respondido dentro de la oportunidad legal las reclamaciones que se dejan relacionadas en el considerando segundo de esta resolución, sin adjuntar prueba alguna que demuestre tales hechos. Al respecto, nos remitimos al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que estipula: '... Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen', quedando en claro que la carga de la prueba es del operador y la misma no existe dentro de los mencionados expedientes.

"**QUINTO.** No habiendo sido controvertidos los hechos objeto de las solicitudes de explicaciones, conforme con las peticiones de las quejas, se tiene que ha operado el silencio administrativo positivo..

"Para el caso de la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concepto de idoneidad y calidad comprende la debida y oportuna atención de las peticiones, quejas y reclamos. Los parámetros para evaluar la idoneidad del servicio en estos casos se

encuentran consagrados en disposiciones legales y reglamentarias, como son la Ley 142 de 1994, el Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 990 de 1998 en concordancia con el Decreto 1130 de 1999, de acuerdo con las cuales en caso de no atención en la oportunidad legal de las peticiones, quejas y reclamos, la empresa debe proceder a acceder a la petición en virtud de la operancia del silencio administrativo positivo.

"Así las cosas, procede entrar a imponer sanción por no corresponder las condiciones de idoneidad y calidad del servicio con las previstas en los reglamentos a los que se encuentra sujeta la mencionada sociedad.

"RESUELVE:

"ARTÍCULO PRIMERO: Imponer una sanción pecuniaria a la sociedad COMCEL S.A. NIT. 800.153.993-7, por treinta y cuatro millones trescientos treinta y tres mil doscientos pesos moneda corriente (\$34'333.200,00 M/Cte), equivalentes a ciento treinta (132) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"PARÁGRAFO : ...

"ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a COMCEL S.A. que a título de efectividad de la garantía reconozca a favor de los reclamantes objeto de la presente resolución, el valor de sus pretensiones, de tal manera que la acreditación del valor correspondiente se refleje en la factura mensual de cobro siguiente a la fecha en que quede en firme la presente resolución.

"Cuando se trate de sumas de dinero, deberá reconocer el valor de sus pretensiones, de tal manera que la acreditación del valor correspondiente se refleje en la factura mensual de cobro siguiente a la fecha en que quede en firme la presente resolución, de la siguiente manera; cuando el reclamo concierna a llamadas originadas en la red de telefonía fija a la móvil celular, el operador deberá ajustar o cruzar las cuentas pertinentes en la siguiente factura, salvo que esto sea improcedente o exista solicitud expresa de liquidación y pago directo del valor del reclamo por parte del peticionario; cuando el reclamo se refiere a llamadas de un teléfono celular a otro celular o a clonación, el operador deberá ajustar o cruzar las cuentas pertinentes en la siguiente factura, salvo que esto sea improcedente o exista solicitud expresa de liquidación y pago directo del valor del reclamo por parte del peticionario; cuando la petición sea la terminación del contrato, deberá desactivar inmediatamente el servicio y no podrá cobrar cargos fijos causados con posterioridad a la fecha en que debió operar la terminación del contrato según la solicitud del peticionario, sin perjuicio del cobro de las llamadas realizadas u otros servicios utilizados durante este período. En caso que el peticionario hubiese pagado dichos cargos, el operador deberá proceder a su reembolso; cuando el reclamo sea por el no abono oportuno de los pagos, el operador deberá abonar la suma reclamada y descargar los intereses que se hubiesen podido generar por el no abono oportuno; cuando la petición tenga que ver con el reporte injustificado a centrales de riesgo, el operador emitirá inmediatamente la orden correspondiente para que se excluya el reporte por el cual se reportó el reclamo; cuando se trate de facturación indebida al cedente del contrato, el operador debe abstenerse de seguir facturando al cedente, excluirlo de su registro de suscriptores y realizar los reembolsos a los que pueda haber lugar; cuando el reclamo sea por cobros indebidos posteriores a la suspensión del servicio, el operador deberá reajustar el estado de cuentas excluyendo los cargos relacionados con la petición; cuando el reclamo concierna a cualquier otro aspecto relativo a la facturación, el operador deberá aclarar, corregir y reajustar los valores correspondientes; En los demás casos de reclamo, el operador deberá acceder al objeto de la petición.

"En el evento en que los peticionarios, quejosos, reclamantes o impugnantes hayan cancelado uno o varios de los conceptos anteriormente mencionados, total o parcialmente, el operador procederá a reembolsar el monto de lo pagado.

"PARÁGRAFO: El cumplimiento de lo resuelto en este artículo deberá acreditarse dentro del mes siguiente a aquel en que se debe cumplir lo ordenado, allegando a esta Superintendencia certificación de tal circunstancia suscrita por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad. El retraso en este proceder, causará multa adicional a favor del Tesoro Público, por el equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retraso.

"ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución.. informándoles que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes al mismo".

Contra la decisión contenida en el artículo primero de la Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, COMCEL S.A. interpuso el recurso de reposición, y contra la contenida en el artículo segundo interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, por lo cual la Superintendencia expidió la Resolución 32638 de 1º de diciembre de 2000, confirmándola parcialmente, en el sentido de modificar el valor de la multa impuesta a treinta y dos millones setecientos setenta y dos mil seiscientos pesos (\$32'772.600.00), equivalentes a 126 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y de excluir la orden de efectividad de la garantía de seis de los reclamantes. Además, rechazo por improcedente el recurso de apelación contra la orden de efectividad de las garantías.

COMCEL S.A. solicitó que se repusiera la decisión que negó la apelación y, en subsidio, que se le expidieran copias con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, peticiones que fueron resueltas a través de la Resolución 14316 de 30 de abril de 2001, confirmando la decisión de negar el recurso de apelación y negando la expedición de copias.

Respecto de la imposición de la multa, a juicio de esta Corporación no existe duda alguna de que tiene carácter administrativo, razón por la cual su legalidad es del conocimiento de esta jurisdicción.

En efecto, el Decreto 990 de 1998, por el cual se expide el reglamento de usuarios del servicio de Telefonía Móvil Celular, en sus artículos 4º, 19, 20 y 22, prevé:

“Artículo 4º. Principios aplicables. Los operadores deben prestar el servicio de Telefonía Móvil Celular en forma continua y eficiente, cumpliendo con las normas de calidad establecidas en el contrato de concesión y las normas que regulan el servicio atendiendo los principios de igualdad y no discriminación, de libre competencia y prácticas restrictivas y en todo evento respetando los derechos de los usuarios móviles y de los suscriptores.”

“Artículo 19. Del trámite de las quejas y reclamos. Los operadores de TMC están en la obligación de prestar a sus suscriptores y usuarios una atención eficiente, atenta y oportuna, en los lugares y en las condiciones que destinen para la atención de las mismas.

“Las quejas y reclamos podrán presentarse verbalmente o por escrito. El

operador debe dejar constancia de la misma y de la respuesta de conformidad con el contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Comunicaciones.

“Artículo 20. Del término para dar respuesta a las quejas y reclamos. Las quejas y reclamos deberán resolverse o contestarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de su recepción. Cuando no fuere posible resolver la queja o reclamo en dicho plazo, se informará así al interesado, indicando los motivos de la demora y señalando la fecha en la que se resolverá o dará respuesta.

“Si la queja o reclamo hubiere sido formulada en forma verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en idéntica forma al interesado, dejando constancia de la misma.

“Las quejas y reclamos deben ser tramitadas por la respectiva empresa en los términos señalados en este decreto, so pena de las sanciones pertinentes”.

“Artículo 22. Sanciones. Verificada la violación de las disposiciones establecidas en el presente decreto, el Ministerio de Comunicaciones podrá imponer las sanciones consagradas para el efecto en el Decreto 1900 de 1990 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Por su parte, el Decreto 1900 de 1990 “por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines”, en su artículo 53 dispuso:

“Artículo 53. La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión”.

A su turno, el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, “por el cual se reestructura el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas”, trasladó a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad sancionatoria que recaía en el Ministerio de Comunicaciones respecto de los operadores de telefonía móvil celular:

“Artículo 40.- La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones. En tal calidad, la

Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión

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

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

Es evidente, entonces, que los anteriores preceptos otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de imponer la sanción de multa, entre otras, a las empresas de telefonía móvil celular, cuando éstas incumplan con sus obligaciones, como fue en este caso la de responder en forma oportuna las reclamaciones, quejas o peticiones de sus suscriptores y usuarios, función administrativa que es parte de la facultad de regulación, control y vigilancia que compete al Estado respecto de los servicios públicos, según el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución Política.

Ahora bien, las empresas de telefonía móvil celular tienen la obligación de responder las quejas y reclamos de los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, como expresamente lo dispone el artículo 20 del Decreto 990 de 1998, razón por la cual el hecho de no haber demostrado COMCEL S.A., ni en la vía gubernativa ni en esta etapa judicial, que respondió dentro de dicho término las solicitudes de sus usuarios, habilitó a la Superintendencia de Industria y Comercio para imponerle la sanción de multa cuestionada, pues tal y como lo dejó dicho en la Resolución 18946 de 31 de julio de 2000, *“Para el caso de la prestación del servicio de telefonía móvil celular el concepto de idoneidad y calidad **comprende la debida y oportuna atención de***

las peticiones, quejas y reclamos” (el resaltado no es del texto).

No obstante lo anterior, debe precisarse que una cosa es que el incumplimiento de los operadores de telefonía móvil de su obligación de responder dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de las respectivas reclamaciones por parte de los usuarios o suscriptores genere una sanción de multa como la cuestionada, y otra muy distinta que tal omisión traiga como consecuencia que se entienda que frente a dichas reclamaciones operó el silencio administrativo positivo, pues para ello es necesario que exista norma expresa al respecto, como lo establece el artículo 41 del C.C.A.: *“Solamente en los casos expresamente previstos en las disposiciones especiales, el silencio de la Administración equivale a decisión positiva”*.

En armonía con el anterior precepto, el artículo 40 del C.C.A. prevé: *“Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto”*, de donde se desprende que la regla general es que ante el silencio de la Administración la decisión se entiende negativa.

En consecuencia, debe la Sala determinar si existe norma expresa que consagre el silencio administrativo positivo para el evento en que los operadores de telefonía móvil celular no respondan oportunamente las peticiones de sus usuarios o suscriptores.

Pues bien, el inciso 2 del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, antes transcrito, expresamente dispuso que *“Igualmente, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores. Para el efecto, la Superintendencia, contará, en*

adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios...” (las negrillas son de la Sala).

Como quiera que las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994, la Sala concluye que las empresas de telefonía móvil celular sí tienen la obligación de responder las quejas y reclamos presentados por los usuarios o suscriptores dentro de los 15 días siguientes, so pena de que opere el silencio administrativo positivo, pues en la medida en que el Decreto 1130 de 1999 se remitió a la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios para efectos de la función otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio **de proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores de los servicios no domiciliarios de comunicaciones**, su artículo 158, que hace parte del Capítulo VII denominado **“DEFENSA DE LOS USUARIOS EN SEDE DE LA EMPRESA”**, constituye la norma especial expresa que exige el artículo 41 del C.C.A. para que se entienda configurado el silencio administrativo positivo, artículo 158 que establece *“La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. **Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él**”* (el resaltado no es del texto).

Al haber quedado sin sustento el argumento de la actora de que a las empresas de telefonía móvil celular se les aplica la regla general establecida en el artículo 40 del C.C.A., esto es, que su silencio se entiende negativo, debe la Sala pronunciarse sobre las demás censuras endilgadas a los actos acusados.

La actora considera que los artículos 11, 13 y 29 del Decreto 3466 de 1982, en los cuales fundamentó la Superintendencia su decisión, no son aplicables al asunto que se controvierte.

Establecen las citadas disposiciones:

“Artículo 11.- Garantía mínima presunta: *Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios la obligación a*

cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondiente a las normas técnicas oficializadas aunque el bien no haya sido objeto de registro.

“Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios, cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor.

“Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores. Sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores.

“La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29”.

“Artículo 13.- Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta. Tanto la garantía mínima presunta como las garantías diferentes a ella se extenderán, según la naturaleza del bien o servicio, a las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización. De reparar y de suministrar los repuestos necesarios para este último efecto. Estas obligaciones se entenderán pactadas en todos los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sometidos al régimen de garantía mínima presunta respecto de los cuales se hayan otorgado garantías diferentes.

“Siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al consumidor por los gastos o costos que implique la reparación por faltas en la calidad o idoneidad del bien, ni por el transporte o acarreo de este para su reparación o devolución al consumidor, todos los cuales correrán en todo caso por cuenta del proveedor o expendedor. En caso de repetirse la falla, se procederá al cambio del bien por otro de la misma especie, si lo solicitare el consumidor, salvo convención expresa en contrario y a condición de que la solicitud se haga estando aún vigente el plazo mencionado”.

“Artículo 29. – Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías. En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor

afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13 del presente decreto, a cambiar el bien por otro, o si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

“La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3° del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36. La sentencia mediante la cual se decida la actuación solo podrá ser desfavorable al expendedor o proveedor si este demuestre (sic) que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por medio de un tercero.

“En la parte resolutive de la providencia que decida la actuación se ordenará al productor, según lo haya solicitado el reclamante, hacer efectiva la garantía o garantías no satisfechas, reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, o a cambiar el bien por otro de la misma especie, en un plazo razonable a juicio de quien emita la providencia, así mismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados. En la misma providencia se indicará que se causa una multa, a favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá D.E. al momento de expedición de aquella, por cada día de retardo en su cumplimiento”.

En sentencia de 6 de agosto de 2004¹, esta Sección dejó dicho que “...en el régimen de protección al usuario de TMC se proyectaron los mismos criterios establecidos en el Decreto 3466 de 1982. De una parte, se señalaron como parámetros de calidad del servicio los estipulados en el contrato de concesión celebrado entre la Nación y el operador. De otra parte, se estableció un procedimiento de quejas y reclamos, se fijó el término de 15 días para resolverlos y se facultó al Ministerio de Comunicaciones (hoy SIC) para imponer multas en caso de incumplimiento del operador”, es decir, que la demandada actuó con base en las normas que la facultan para el efecto.

En cuanto a que se violó el debido proceso por haber sido acumuladas diversas actuaciones, la Sala observa que es el propio artículo 29 del C.C.A., que

¹ Sentencia de 6 de agosto de 2004, Actora, Comcel S.A., Exp. 0033, Consejero Ponente, Dr.

considera violado la actora, el que permite dicha acumulación: *“Cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias”*, acumulación que no está revestida de formalidad alguna, contrario a lo sostenido por la demandante.

Tampoco encuentra fundamento el cargo referente a la violación de los artículos 157 y 159 del C. de P.C., que tratan del trámite de la acumulación, pues tal procedimiento está expresamente regulado en el C.C.A., cuando el inciso final del artículo 29 preceptúa que *“Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días”*, lo que descarta también la alegada violación del principio de publicidad.

Para la Sala no es de recibo la alegada violación del debido proceso, la cual fundamenta la actora en el hecho de que cada una de las investigaciones, luego acumuladas, no fueron abiertas mediante auto que así lo dispusiera, pues ésta no cumplió con la carga procesal que le correspondía de señalar qué disposición legal consagra tal obligación, omisión que exime a esta Corporación de hacer pronunciamiento alguno sobre el particular.

En cuanto a la censura consistente en que no se decretaron pruebas que permitieran concluir la violación al Estatuto del Consumidor, la Sala reitera que como a la actora se le sancionó con la multa por no haber respondido las peticiones de los quejosos dentro del término legal previsto, lo único que podía hacer la demandante para desvirtuar tal fundamento era haber anexado las respuestas por medio de las cuales asegura haber respondido oportunamente tales peticiones, cuestión que no hizo ni en la vía gubernativa ni esta etapa judicial, pese a que la Superintendencia de Industria y Comercio le solicitó *“...demostrar haber respondido al suscriptor (a) y/o usuario (a) en la oportunidad debida...”*.

Camilo Arciniegas Andrade.

Respecto de que las consecuencias de la investigación sobre las condiciones de calidad e idoneidad desembocan en una sanción pecuniaria y, en cambio, la efectividad de las garantías en ordenar reconocer las pretensiones a favor de los quejosos, lo que a juicio de la actora impedía acumular las distintas actuaciones, basta a la Sala para despachar desfavorablemente el cargo indicar que no hay norma que prohíba imponer una sanción pecuniaria y al mismo tiempo ordenar la efectividad de una garantía, además de que, como se dejó establecido, en este caso la demandada se refirió impropiaamente a la orden de efectividad de las garantías, pues la misma corresponde, en realidad, a un acto de ejecución, en la medida en que fue consecuencia del silencio administrativo positivo.

En lo relacionado con la violación del principio de la doble instancia, debe observarse que la imposición de sanciones por parte del Superintendente Delegado tiene como efecto el que la misma se entienda impuesta por el mismo Superintendente en virtud de la delegación que por ley le ha sido otorgada, y, por tanto, al tenor del artículo 50 del C.C.A., contra los actos por aquél expedidos no procede el recurso de apelación.

De todas maneras, la Sala precisa que el hecho de no conceder el recurso de apelación, procediendo éste, no es causal de nulidad del acto, pues la consecuencia de tal conducta es que el interesado puede acudir directamente a demandar los correspondientes actos, como lo prevé el inciso final del artículo 135 del C.C.A.

El argumento consistente en que la Superintendencia de Comercio carecía de competencia para conocer de las reclamaciones relacionadas con el valor de las llamadas facturadas y realizadas desde un teléfono fijo no es de recibo, pues el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 expresamente señala que “... *corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores*”; y no podía ser de otro modo, pues, en últimas, quien recibe el valor de la llamada facturada es el operador de telefonía móvil y no el operador de telefonía fija. Además de lo anterior, la Sala se pregunta por qué si la actora no era competente se abstuvo de darle aplicación al artículo 33 del

C.C.A., que dispone que si el funcionario a quien se dirige la petición no es competente deberá informarlo al interesado y enviar la petición al competente.

Como quiera que los cargos esgrimidos por la actora no tienen vocación de prosperidad, resta a la Sala estudiar la excepción propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, falta de jurisdicción de lo contencioso administrativo para pronunciarse sobre la orden dada a COMCEL S.A. en el sentido de que a título de efectividad de la garantía reconozca a favor de los reclamantes el valor de sus pretensiones, pues, a juicio de la demandada, la misma constituye una decisión de carácter jurisdiccional.

Los artículos 145 y 147 de la Ley 446 de 1998, establecen:

“Artículo 145. ATRIBUCIONES EN MATERIA DE PROTECCION 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) ...

“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) ...”.

“Artículo 147. COMPETENCIA A PREVENCION. *La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte.*

“El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

“Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada”.

“Artículo 148. PROCEDIMIENTO *(modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999). El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte*

Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII.

“Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

“Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

“Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas”.

“Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso”.

De acuerdo con las normas transcritas, la orden de hacer efectivas las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales, si ellas resultan más amplias, constituyen una función jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio y, por tanto, su estudio no compete a la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, en un asunto similar al aquí controvertido esta Corporación concluyó que como la orden dada a COMCEL S.A. en el sentido de hacer efectivas las garantías de sus usuarios fue consecuencia de la configuración del silencio administrativo positivo, silencio que constituye un verdadero acto administrativo, dicha orden de efectividad constituye un mero acto de ejecución:

“La Superintendencia de Industria y Comercio, en su acto sancionatorio, entendió que la atención oportuna a las reclamaciones de los usuarios es parte de la calidad del servicio de TMC.

“En consecuencia, estimó que al declarar ocurrido el silencio administrativo positivo por la falta de respuesta a tales reclamaciones, estaba haciendo efectiva la garantía mínima presunta de calidad e idoneidad del servicio, ‘atendiendo a lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 29 del Decreto 3466 de 1982’; y que esta decisión constituye ejercicio de la facultad jurisdiccional que

le otorga el artículo 145 de la Ley 446.

“...

“La Sala encuentra en dicho planteamiento una contradicción irreductible. En efecto: si, como sostiene la Superintendencia, la omisión del operador en decidir oportunamente un reclamo constituye ‘silencio administrativo positivo’, este silencio es, según el artículo 41 CCA, un verdadero acto administrativo (otorgamiento de lo reclamado) y, por lo tanto, las órdenes impartidas como consecuencia suya son meros actos de ejecución de dicho acto presunto, y como tales, también de naturaleza administrativa, y en ningún caso judicial.

“Además, según se precisó por extenso, las controversias judiciales sobre efectividad de la garantía mínima presunta conciernen a las características intrínsecas del producto o servicio, determinantes de su idoneidad y calidad, registradas ante la SIC por el productor o contenidas en las normas técnicas obligatorias, y, en el caso de la TMC, estipuladas en el contrato de concesión.

“Concluye entonces la Sala que la SIC no ejerció en este caso ninguna facultad jurisdiccional”².

Ahora bien, como en este caso la orden de hacer efectivas las garantías también fue consecuencia del silencio administrativo positivo que acertadamente consideró la Superintendencia que se configuró, pues, se insiste, el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 constituye la norma expresa que atribuye tal efecto al hecho de no responder los operadores de telefonía móvil celular dentro del término legal las peticiones de sus usuarios, fuerza concluir que en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco ejerció una facultad de carácter jurisdiccional.

En consecuencia, como la excepción de falta de jurisdicción propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no logró ser probada y como la presunción de legalidad de los actos acusados no logró ser desvirtuada, esta Corporación revocará la sentencia apelada en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las denegará.

En mérito de 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,

² Sentencia de 6 de agosto de 2004, Actora, Comcel S.A., Exp. 0033, Consejero Ponente, Dr.

F A L L A :

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia apelada proferida el 27 de noviembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en cuanto declaró no probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta por la demandada; en lo demás, **REVÓCASE** y, en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de mayo de dos mil siete (2007).

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

GABRIEL MENDOZA MARTELO
Salva Voto

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Camilo Arciniegas Andrade.