

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No lo constituye la publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos%DIRECTORIO TELEFONICO-EI servicio de publicidad de anuncios no constituye servicio público%SOLIDARIDAD ENTRE PROPIETARIO, SUSCRIPTOR Y USUARIO-No se predica respecto de publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos

El artículo 130 de la Ley 142 de 1994 establece la solidaridad entre el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del respectivo servicio público, sin que en este caso podamos hablar de que la publicación del anuncio ordenada por el señor GERMAN REINOSO constituya un servicio público, pues éstos los define el artículo 14.20 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios como todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta Ley y el 14.21 ibídem enumera los servicios públicos domiciliarios, esto es, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible. En consecuencia, si bien es cierto que PUBLICAR S.A. cobra el valor de los anuncios publicados por conducto de la ETB S.A. E.S.P., es decir, que los factura en el recibo correspondiente a la prestación del servicio público de telefonía pública básica conmutada, también lo es que ello no le otorga el carácter de público al servicio prestado por la actora y, por tanto, no puede predicarse solidaridad alguna entre el propietario del inmueble (suscriptor de la línea telefónica) y el usuario de la misma, a menos que el respectivo suscriptor de la línea telefónica, una vez notificado por parte de la Empresa del interés del usuario de dicha línea de incluirla a nombre suyo o en un anuncio publicitario consienta expresamente o simplemente no se pronuncie sobre el particular, es decir, que no habrá solidaridad entre el suscriptor y el usuario de la línea telefónica respecto del pago del anuncio publicitario, cuando una vez notificado el suscriptor de la solicitud del usuario en tal sentido, no otorgue expresamente su autorización.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No lo constituye la publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos%DIRECTORIO TELEFONICO-EI servicio de publicidad de anuncios no constituye servicios público%SOLIDARIDAD ENTRE PROPIETARIO, SUSCRIPTOR Y USUARIO-No se predica respecto de publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos%CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-No comprende la autorización para anuncios publicitarios en directorios telefónicos sin notificación al propietario o suscriptor

En el caso sub exámine PUBLICAR S.A. no demostró, es más, ni siquiera argumentó que había notificado a los señores MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY YANETH MEJÍA (propietarios del inmueble y, por ende, suscriptores de la línea telefónica), sobre la solicitud del señor REINOSO de publicar un anuncio con el número de la línea telefónica de propiedad de aquellos, razón por la cual no puede hablarse de que con su silencio otorgaron el consentimiento y mucho menos que lo hicieron expresamente, como tampoco que el contrato de arrendamiento constituye la susodicha autorización, pues en virtud de éste simplemente se otorga el uso normal de la línea telefónica, más no la autorización para que sea insertada en un anuncio publicitario, pues para ello se requiere, se reitera, la notificación al suscriptor por parte de la empresa anunciante (PUBLICAR S.A.). Así las cosas, la Sala concluye que fue ilegal el cobro efectuado por la ETB S.A. E.S.P. a los quejosos con fundamento en la obligación adquirida por el señor REINOSO con PUBLICAR S.A., pues dicho cobro se derivó de un contrato suscrito entre ésta y una persona diferente a la titular de la línea telefónica sin contar con la autorización de dicho titular (propietario del inmueble y suscriptor de

la línea telefónica), y máxime si se tiene en cuenta que la solidaridad a que alude el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 está fundamentada en el servicio que presta la respectiva empresa de servicios públicos,

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No lo constituye la publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos%DIRECTORIO TELEFONICO-EI servicio de publicidad de anuncios no constituye servicios público%SOLIDARIDAD ENTRE PROPIETARIO, SUSCRIPTOR Y USUARIO-No se predica respecto de publicación de anuncios publicitarios en directorios telefónicos%PROTECCION AL CONSUMIDOR-Multa por cobro a propietario o suscriptor de publicidad en directorios telefónicos sin su consentimiento ni notificación

Así las cosas, la Sala concluye que fue ilegal el cobro efectuado por la ETB S.A. E.S.P. a los quejosos con fundamento en la obligación adquirida por el señor REINOSO con PUBLICAR S.A., pues dicho cobro se derivó de un contrato suscrito entre ésta y una persona diferente a la titular de la línea telefónica sin contar con la autorización de dicho titular (propietario del inmueble y suscriptor de la línea telefónica), y máxime si se tiene en cuenta que la solidaridad a que alude el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 está fundamentada en el servicio que presta la respectiva empresa de servicios públicos, para el caso, la ETB S.A. E.S.P. y en las obligaciones adquiridas por el suscriptor en el contrato de prestación del servicio, el cual no incluye las relaciones que surjan entre una empresa privada, como lo es PUBLICAR S.A. y un tercero que es el usuario, en este caso el señor REINOSO, lo cual se traduce en que con dicho cobro no se podía vincular al titular de la línea telefónica teniendo como causa una obligación que no es propia de la prestación del servicio público en sí mismo considerado, pues nunca fue notificado y, por ende, no otorgó su consentimiento ni expresa ni tácitamente. Aceptar la tesis de PUBLICAR S.A., equivocadamente respaldada por el Tribunal, llevaría al absurdo de aceptar que terceros totalmente ajenos a la relación jurídica surgida entre la empresa anunciante y el usuario del servicio prestado por esta última, que no es público, se vieran afectados por el incumplimiento de dicho usuario sin tener alternativa distinta a la de tener que acudir ante los jueces, cuando lo cierto es que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad administrativa, está expresamente facultada para velar que se de cumplimiento a las normas sobre protección al consumidor, las cuales fueron en este caso desconocidas por PUBLICAR S.A., al efectuar el cobro a una persona a quien no se le dio oportunidad de expresar su consentimiento sobre el uso, en este caso comercial, que de su línea telefónica se haría.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-01024-01

Actor: PUBLICAR S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO contra la sentencia de 14 de octubre de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho declaró que la actora no está obligada a pagar la sanción impuesta en los actos acusados.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA

PUBLICAR S.A., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que acceda a las siguientes

I.1.1. Pretensiones

Que declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1º. Resolución 41782 de 14 de diciembre de 2001, mediante la cual el Superintendente Delegado para Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio impuso a PUBLICAR S.A. una sanción por la suma de veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28'600.000.00), equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2º. Resolución 20025 de 27 de junio de 2002, que modificó el artículo 1º de la Resolución identificada en el numeral anterior, en el sentido de reducir la sanción a catorce millones trescientos mil pesos (\$14'300.000.00), equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se reduzca la sanción impuesta, en atención a los antecedentes y circunstancias que la originaron.

I.1.2. Hechos

El señor GERMÁN REINOSO el 26 de noviembre de 1997 suscribió con PUBLICAR S.A. la orden de publicación número 3405379, referente a la publicación de un anuncio en la edición del directorio telefónico de 1998.

PUBLICAR S.A. cargó el valor del anuncio en cuestión a la cuenta del servicio correspondiente a la línea telefónica 6725376, como lo ordena el contrato suscrito por ella con la ETB S.A. E.S.P.

Al momento de efectuar el mencionado cobro la ETB S.A. E.S.P. informó que la línea se encontraba retirada por falta de pago, razón por la cual en cumplimiento del reglamento de publicaciones en el directorio telefónico, aprobado por Resolución 2254 de 1974 del Ministerio de Comunicaciones, trasladó el cobro del anuncio publicitario de la línea telefónica 6725376 a la 6728218.

El señor GERMAN REINOSO era usuario de la línea 6728218 a la cual fue trasladado el valor del anuncio publicitario, por cuanto era el arrendatario del inmueble ubicado en la carrera 18B # 156-16, apto. 102, como lo admiten los quejosos MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY YANETH MEJÍA, propietarios y a su vez arrendadores del mencionado inmueble.

En escrito presentado el 9 de agosto de 2000 ante el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio los propietarios del inmueble elevaron queja contra PUBLICAR S.A. por el cobro que ésta venía efectuando por la publicación de un aviso del establecimiento FACOVEL en el directorio telefónico de

1998, aviso solicitado por el señor GERMÁN REINOSO.

El fundamento de dicha queja fue el hecho de que tales propietarios afirmaron no haber dado autorización alguna al señor GERMAN REINOSO para pautar el aviso en el directorio telefónico y, por consiguiente, que no tenían que cubrir los costos inherentes al mismo. En consecuencia, solicitaron que se ordenara a la ETB S.A. E.S.P. excluir este cobro de su factura e instalar nuevamente la línea telefónica correspondiente.

Mediante oficio del 2 de octubre de 2000 la Jefe de la División de Protección al Consumidor corrió traslado por 15 días a la representante de PUBLICAR S.A. para que rindiera las explicaciones y aportara las pruebas correspondientes relacionadas con la queja presentada por los señores MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY YANETH MEJÍA, a lo cual se dio respuesta el 24 siguiente, aduciendo, entre otras razones, la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para dirimir este conflicto, en cuanto el mismo no se refería en forma alguna a la calidad e idoneidad del servicio prestado, así como el hecho de que la conducta desplegada por la compañía se ajustó al reglamento para publicaciones del directorio telefónico y a la legislación sobre la materia.

Por Resolución 41782 de 14 de diciembre de 2001 el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor (E) resolvió la queja interpuesta y sancionó a la actora con una multa de veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28'600.000.00), equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, por falta de idoneidad en el servicio prestado, decisión que fue modificada mediante Resolución 20025 del 27 de junio de 2002, en el sentido de rebajar la sanción impuesta a catorce millones trescientos mil pesos ((\$14'300.000.00), equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales.

I.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la actora estima que se violaron los artículos 6º, 121,

122 y 123 de la Constitución Política; 2º, numerales 1 y 2 del Decreto 2153 de 1992; 1º, literales c) y e), 23, 25, 42 y 43, literal f) del Decreto 3466 de 1982; 186 de la Ley 142 de 1994; 36 del C.C.A.; y la Resolución 2254 de 1974 del Ministerio de Comunicaciones, y estructuró para el efecto los siguientes cargos:

PRIMER CARGO.- Por definición, toda competencia debe ser expresa, no sólo en el sentido de determinar con precisión la atribución de que se trata, sino también de asignarla con exactitud a un organismo o funcionario. De ahí que el artículo 123 de la Constitución Política preceptúe que los servidores públicos “... ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”, lo que excluye toda potestad discrecional o subjetiva que no se funde en una norma explícita.

Tratándose del ejercicio de una función pública la incompetencia es la regla y la competencia la excepción; efectuada por la Constitución y la ley la distribución de funciones del Estado, las respectivas competencias son improrrogables, razón por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio debió ceñir su actuación a la competencia a ella delimitada y no excederse, como lo hizo mediante los actos acusados, en cuanto la competencia en ellos ejercida se encuentra en cabeza de la justicia ordinaria.

Sostiene que debido a una errónea interpretación del artículo 25 del Decreto 3466 de 1982 la SIC se atribuyó funciones que no le han sido otorgadas por la ley, pues en la motivación de la Resolución que resolvió el recurso de reposición se advierte que lejos de dirimir una violación al estatuto del Consumidor dirime un conflicto de intereses entre particulares, cuando sin sustento probatorio alguno afirmó: “es deber del anunciante verificar si por lo menos los números anunciados (y a los cuales se va a cargar el número de la cuenta) son o pertenecen a los contratantes, puesto que la omisión en este proceder causaría un perjuicio grave e injustificado a una tercera persona ajena a la relación contractual. No sólo por los perjuicios económicos que le sea cobrada una cuenta de un servicio que jamás han contratado, sino por la evidente incomodidad que sufrirían los residentes en ese domicilio, recibiendo

llamadas que no corresponden a su normal y ordinario devenir”, afirmación que sin mayor esfuerzo denota un pronunciamiento sobre un asunto de responsabilidad extracontractual, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 2356 del C.C. que establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

Considera que no es de recibo lo manifestado por la demandada respecto de que no se está pronunciando sobre un tema de responsabilidad civil extracontractual por cuanto *“La decisión adoptada en la resolución objeto del recurso de reposición, se traduce en la imposición de una sanción de índole administrativo por falta de idoneidad en la prestación del servicio realizado por PUBLICAR S.A., contrario sensu, no se estableció ninguna decisión respecto de la indemnización de perjuicios por cuanto ésta no es la instancia competente para fijarlos o tasarlos, lo cual indica de forma clara que el objetivo primordial de la acción de responsabilidad civil extracontractual sobre la cual el recurrente señala que esta Superintendencia se estaba pronunciando, no se presentó”.*

A juicio de la actora, la Superintendencia se pronunció sobre un conflicto particular de intereses, independientemente de que hubiera o no condena de perjuicios, pues afirmó que la conducta desplegada por aquella le causó un supuesto perjuicio a terceros, además de que de los hechos se desprende que entre los señores MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY YANETH MEJÍA, propietarios del inmueble al que correspondía la línea telefónica 6728218 (apartamento 101), y el señor GERMAN REINOSO existía un contrato de arrendamiento para el momento en que se ordenó el aviso publicitario a PUBLICAR S.A., y de allí que dicho número telefónico hubiera aparecido en el aviso junto con el número telefónico 6725376 (apto. 102) del mismo edificio. En consecuencia, este conflicto tipifica un incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte del señor REINOSO y no una infracción de las normas del Estatuto del Consumidor.

SEGUNDO CARGO.- Del contenido de los artículos 1º, literales e) y f),

23 y 25 del Decreto 3466 de 1982, marco legal de las Resoluciones recurridas, se advierte la manifiesta incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de este asunto, pues ésta debió precisar los límites de su competencia y no invadir otros fueros, así como determinar el contenido y real alcance de lo que debe entenderse por la idoneidad de un bien o servicio.

Señala que a la definición de idoneidad la demandada le dio un alcance que la ley no le otorgó de manera taxativa al sostener que *“la idoneidad de la prestación de un servicio consiste no sólo en la satisfacción de una necesidad de quien contrata, sino la ‘normal y adecuada satisfacción de la necesidad’.* Es decir, *la adecuada prestación de un servicio no puede perjudicar a un tercero ajeno desde todo punto de vista a la relación contractual entre las partes comprometidas en la relación de consumo, causándole un detrimento a sus bienes o patrimonio sin justificación alguna”*, pues la norma en cuestión, entendida de manera lógica, limita su alcance única y exclusivamente a la relación de consumidor–productor o consumidor-proveedor, y no lo extiende a las consecuencias que esta relación pueda traer a terceros, ya que esta órbita está regulada por las acciones ordinarias correspondientes y concretamente a la figura jurídica de la responsabilidad civil extracontractual o contractual por incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

Sostiene que es la misma Superintendencia de Industria y Comercio quien ha definido el alcance de la aplicación del Estatuto del Consumidor¹:

“Es así como el Decreto 3466 de 1982, solo se aplica cuando en uno de los extremos de la relación existe un contratante que puede ser calificado como consumidor de acuerdo con la noción dada, vr. gr. consumidor-productor o consumidor-proveedor, se establece el vínculo entre un profesional y un lego o no profesional, con lo cual el ordenamiento busca proteger los intereses del primero, toda vez que es la parte económicamente débil y se encuentra en una posición más frágil en la medida en que no tiene los conocimientos de un profesional como lo es el productor o proveedor”.

Señala que si una persona pretende solucionar una diferencia jurídica

¹ Compendio de Doctrina sobre Protección del Consumidor 1992-1999, Ministerio de Desarrollo Económico – Superintendencia de Industria y Comercio, 1ª. Edición, agosto 2000.

en la que se encuentre de por medio el ejercicio del derecho, no sólo sobre la garantía de calidad sino sobre su idoneidad, la legitimación en la causa únicamente se presentará cuando su titularidad derive de su carácter de consumidor.

Anota que en el caso bajo examen la relación de consumo se efectuó entre el señor GERMAN REINOSO como contratante y PUBLICAR S.A. como anunciante, y que los quejosos MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY MEJÍA son terceros en la relación de consumo y, por tanto, no pueden considerarse consumidores de acuerdo con el mismo criterio de la Superintendencia.

No entiende la actora, entonces, que la Superintendencia concluya que *“aún cuando en el concepto aludido por el recurrente, el cual data de 1996, se aduce que el Decreto 3466 de 1982 sólo se aplica cuando en uno de los extremos de la relación existe un contratante que pueda ser calificado como consumidor, este Despacho considera que dicha interpretación es aplicable en los asuntos relacionados con las facultades jurisdiccionales atribuidas a esta entidad mediante la Ley 446 de 1998, por cuanto es en este escenario que se dirimen controversias de carácter particular y se hace necesaria la existencia de la relación de consumo para así decretar la orden de efectividad de garantía a la que hubiere lugar. De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 3466 de 1982, ‘todo productor de bienes y servicios es libre de adoptar la tecnología de producción que estime más adecuada para asegurar la calidad y la absoluta idoneidad de aquellos en los términos del presente decreto’, y en la medida en que éstos no cumplan con los parámetros de calidad e idoneidad descritos en el artículo 1º del Decreto 3466 de 982 serán objeto de sanciones, las cuales serán impuestas en ejercicio de las facultades administrativas de vigilancia y control en los términos del Decreto 2153 de 1992”*.

TERCER CARGO.- Sostiene la demandante que teniendo en cuenta que la Superintendencia sólo puede aplicar el Estatuto del Consumidor a las relaciones de consumo, es evidente que el servicio prestado por PUBLICAR S.A. (proveedor de servicios) se ajustó a los parámetros de calidad e idoneidad, por cuanto el contratante, señor GERMAN REINOSO

(consumidor), solicitó y obtuvo la publicación de un aviso en el directorio telefónico de Bogotá de 1998, aviso que cumplió a cabalidad con las especificaciones suministradas, tales como dimensión, color, diseño e información.

Sostiene que aceptando, en gracia de discusión, que la Superintendencia gozaba de competencia para dirimir este conflicto, de todas maneras la Resolución recurrida en vía gubernativa se encuentra falsamente motivada, por cuanto se apoya en hechos que no se ajustan a la realidad.

En efecto, la demandada considera que PUBLICAR S.A. no actuó idóneamente al prestar el servicio por no cumplir su deber de anunciante, cual era *“verificar si por lo menos los números anunciados (y a los cuales se va a cargar el valor de la cuenta) son o pertenecen a los contratantes, puesto que la omisión en este proceder causaría un perjuicio grave e injustificado a una persona ajena a la relación contractual”*, ya que en el presente caso *“el señor GERMAN REINOSO quien vive en la Carrera 18B No 136-16 y con línea telefónica 6725376 contrata con PUBLICAR S.A. la colocación de un anuncio telefónico en las PÁGINAS AMARILLAS por valor de \$1'300.000.00. En el anuncio el anunciante informa dos números de teléfono, uno correspondiente a su lugar de domicilio 6725376 y otro de un tercero completamente ajeno a los anunciantes (6728218). Igualmente se anota la dirección y domicilio del contratante (Carrera 18B No 156-16 Oficina 101), la cual es diferente a la de los reclamantes en esta actuación (Carrera 18B No 156-16 apto. 102)”*.

A juicio de la actora, lo anterior derivó en que la demandada, sin fundamento probatorio alguno, considerara que entre los quejosos MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY MEJIA y el señor GERMAN REINOSO no existía relación alguna y, por tanto, que era evidente que la conducta desplegada por PUBLICAR S.A. perjudicaba los intereses de un tercero ajeno desde todo punto de vista a la relación contractual entre las partes comprometidas en la relación de consumo.

Señala la actora que resulta apartada de la realidad tal apreciación, en

cuanto desconoce que el propietario de un inmueble que tiene una línea telefónica puede disponer de dicho bien arrendándolo o prestándolo en comodato.

Añade que los anuncios publicados en los directorios telefónicos no son solicitados necesariamente por el propietario del respectivo inmueble, ya que el arrendatario puede hacerlo, aspecto de la realidad comercial que es reconocido en el contrato suscrito entre la ETB S.A. E.S.P. y el titular de la línea telefónica, el cual en su cláusula segunda establece que el contrato extiende sus efectos no sólo al usuario (arrendatario, comodatario o poseedor), sino también al propietario del inmueble (propietario, arrendador, comodante).

Considera que la Superintendencia no puede desconocer la relación de arrendadores-arrendatario que existía entre los quejosos y el señor GERMAN REINOSO, los primeros propietarios del inmueble al que pertenecía la línea telefónica 6728218 (apto. 102), y a la cual se facturó el servicio, lo que demuestra que el conflicto responde a un problema entre arrendadores y arrendatario y no a la falta de idoneidad del servicio.

Además de lo anterior, la realidad comercial del mercado es que quien solicita un anuncio incluya el número telefónico que corresponde al lugar en el que desarrolla su actividad comercial a fin de que se le pueda contactar, como lo hizo el señor GERMAN REINOSO.

Anota que la Resolución 2254 de 1974 del Ministerio de Comunicaciones en el punto tercero establece que *“el valor de la inserciones o anuncios autorizados hace parte integrante e indivisible de la suma que los suscriptores o usuarios deben pagar a la Empresa por la prestación del servicio telefónico”* y que en el punto cuarto dispone que *“los valores por concepto de publicaciones en el directorio telefónico serán cobrados exclusivamente por medio de la cuenta mensual de los respectivos teléfonos”*.

Señala que el haber trasladado la facturación en este caso del teléfono

6725376 al 6728218 obedeció no sólo al hecho de que el señor GERMAN REINOSO era igualmente usuario de ésta última línea en virtud del contrato de arrendamiento firmado con los quejosos, sino en cumplimiento estricto de lo establecido en la Resolución 2254 antes identificada: *“... cuando en un anuncio o inserción figure más de un teléfono, la Empresa puede cargar el valor total de la publicación a cualquiera de los números que allí aparezcan, así como trasladar tales cargos de unos a otros teléfonos”*.

Pese a todos los argumentos expuestos para demostrar la debida diligencia de la actora la Resolución que resolvió el recurso afirmó ilegalmente que la Resolución 2254 de 1974 fue derogada por la Ley 142 de 1994, cuando lo cierto es que está vigente, dado que la misma no se refiere a la solidaridad, como lo afirma la Superintendencia, sino única y exclusivamente a la eventualidad de que en un anuncio aparezcan varios números telefónicos y el usuario sea el mismo, como sucedió en el caso del señor REINOSO, quien era usuario de los números telefónicos 6728218 y 6725376, del primero en virtud del contrato de arrendamiento firmado con los quejosos.

CUARTO CARGO.- Los actos acusados violan el artículo 26 del Decreto 3466 de 1982, por las siguientes razones:

En el evento de que se considere que la Superintendencia es la competente para dirimir la controversia y que la conducta desplegada por la actora no fue idónea, de conformidad con los criterios de mercado aquélla estaría incurso en las causales de exoneración contempladas en el artículo 26 del Decreto 3466 de 1982, pues de conformidad con este precepto se exonerará de las infracciones contempladas en los artículos 24 y 25 del Decreto 3466 de 1982 cuando el proveedor o productor hayan desplegado su conducta presuntamente no idónea como consecuencia del hecho de un tercero vinculado contractualmente con él y cuando existe un nexo de causalidad entre el motivo y la falta de correspondencia de idoneidad que habitualmente se exige en el mercado.

En este caso, es evidente que la causal de exoneración se encuentra

debidamente tipificada, porque aceptando que la conducta desplegada por PUBLICAR S.A. no era idónea para el tipo de servicio que prestó, es decir, la publicación del aviso en el directorio telefónico, lo cierto es que esta conducta fue desplegada por PUBLICAR S.A. en razón del contrato suscrito con el señor GERMAN REINOSO, quien en su calidad de usuario fue quien suministró la información de los números telefónicos que debían aparecer en el aviso respectivo.

En consecuencia, la demandante no podía ser sancionada como lo fue por un acto desplegado por un tercero en su calidad de usuario de una línea telefónica por la prestación no idónea de un servicio, cuando dicho usuario fue quien indujo a la actora a realizar el cobro de la línea telefónica correspondiente, dada su calidad de usuario de los números 6725376 y 6728218, aunado al hecho de aparecer los mismos en el aviso publicitario respectivo.

Agrega que es responsabilidad del titular de una línea telefónica advertir a la respectiva empresa prestataria del servicio telefónico que no autoriza al usuario de la misma a realizar contratos tales como el de publicaciones en los directorios telefónicos, so pena de asumir las consecuencias derivadas de tal omisión, así como del hecho de haber arrendado el inmueble con su correspondiente línea telefónica.

A juicio de la demandante, lo anterior acredita el nexo de causalidad entre el motivo de exoneración (el hecho de un tercero) y la falta de correspondencia entre la calidad e idoneidad (facturación de un supuesto tercero), es decir, que la supuesta falla de idoneidad en el servicio prestado se debió no al hecho de que la demandante hubiera facturado de manera equivocada, sino al hecho de que el tercero, es decir, el usuario, hubiere inducido a facturar al número telefónico en cuestión.

No entiende porqué, entonces, en la resolución recurrida se afirmó que *“Probar la exoneración es una carga que recae en el productor y distribuidor del bien, el cual debe demostrar que el daño no fue producido por*

circunstancias atribuibles a él para que se configure como causal de exoneración de responsabilidad. La demostración de ésta no se reduce solamente a la enunciación de la causa sino a su efectiva comprobación”, ya que es claro que la demandante no se limitó únicamente a enunciar la causal de exoneración, sino que la probó.

QUINTO CARGO.- La razón que motivó a la Administración a reducir la sanción impuesta se limitó a lo siguiente: *“No obstante lo anterior, revisando nuevamente los hechos y pruebas que obran en el expediente, este Despacho considera que aun cuando se encuentre demostrada la falta de idoneidad en la prestación del servicio en razón del cobro realizado por parte de la sociedad investigada, la trasgresión a las normas de protección al consumidor no se presentó respecto de un conglomerado de consumidores y por otro lado que tal falta de idoneidad se demostró dentro de un caso en particular, no obstante la gravedad de los hechos este Despacho considera pertinente reducir la sanción impuesta mediante la resolución recurrida”.*

Pese a la reducción de la sanción, debe decirse que la misma sigue siendo desproporcionada y que no guarda relación con los hechos que le sirvieron de causa, pues la Superintendencia considera que existe una grave negligencia de PUBLICAR S.A., que para efectos civiles se considera como dolosa, sin que exista prueba alguna de que la actora actuó de manera malintencionada o dolosa en la conducta desplegada y, por el contrario, existen argumentos que demuestran que se ajustó a la normativa legal vigente, además de que no está demostrado perjuicio económico alguno por parte de los quejosos.

Además, pone de presente que en comunicaciones de 30 de abril de 2001, firmada por los quejosos, y de 10 de abril de 2001 de VOLPI, encargada del cobro jurídico de las obligaciones de la ETB S.A. E.S.P., a la línea telefónica 6728218 de propiedad de aquéllos se descargó por parte de la ETB S.A. E.S.P. el cobro correspondiente a la publicación del aviso respectivo en el directorio telefónico, lo que demuestra que en todas las labores relacionadas con la elaboración y distribución de los directorios telefónicos

PUBLICAR S.A. obra como contratista de la ETB. S.A. E.S.P.

Por último, la actora solicita que en caso de que se acoja las razones expuestas por la demandada en los actos acusados, se revise la sanción impuesta para ajustarla a los hechos que le sirvieron de causa.

I. 2. Contestación de la demanda

La Nación-Superintendencia de Industria y Comercio, al contestar la demanda señala que el artículo 43 del Decreto 3466 de 1982 le asignó, entre otras funciones, la de imponer las sanciones administrativas por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes y servicios.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2153 de 1992 le otorgó a la SIC la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y tramitar las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido atribuida a otra autoridad, con el fin de establecer la responsabilidad administrativa del caso y ordenar las medidas pertinentes.

A juicio de la demandada, en este caso no existe duda de la consagración normativa de las infracciones que se encontraron probadas, puesto que en relación con las condiciones de idoneidad de los productos el Estatuto del Consumidor señala claramente las obligaciones del productor, prohíbe las conductas que vulneren los derechos de los consumidores y contempla las sanciones que debe imponer la SIC.

Anota que si bien es cierto que la actora publicó el anuncio en el directorio telefónico, como era su obligación, también lo es que debía cumplir con las condiciones de idoneidad legalmente establecidas, lo cual, a su juicio, no hizo.

PUBLICAR S.A. cargó a un tercero totalmente ajeno al anunciante un cobro por aviso o publicación, lo que permite inferir que en cuanto al servicio

prestado se contrarió el concepto de idoneidad, dado que la demandante debió verificar si los números anunciados pertenecían al contratante, pues de ello depende que el servicio prestado sea idóneo.

Sostiene que no se puede aceptar, como lo pretende PUBLICAR S.A., que el servicio prestado fue idóneo en cuanto comprendió la publicación del aviso contratado, pues su servicio involucraba también el sistema de cobro, aspecto que no cumplió en las condiciones de idoneidad habituales del mercado.

Considera la demandada que la Ley 142 de 1994 estableció el régimen integral de los servicios públicos domiciliarios, entre otros, el de la telefonía pública básica conmutada, en el cual se encuentra incluida la facturación y el cobro del servicio de publicidad con cargo a la respectiva línea telefónica.

Se refiere a que el artículo 148 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios dispuso que *“no se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida por cada servicio domiciliario”*, lo que a juicio de la SIC constituye una derogatoria tácita de la Resolución 2254 de 1974.

El cobro por concepto de un servicio de publicación prestado por PUBLICAR S.A. a una persona diferente a la directamente obligada y suscriptora del contrato configuró una falta en las condiciones de idoneidad y calidad del servicio prestado, lo que ameritó la iniciación de la respectiva actuación y la consecuente sanción.

Finalmente, menciona que la posible violación del artículo 26 del Decreto 3466 de 1982, que consagra las causales de exoneración del productor, debió ser probada por la actora dentro de la oportunidad legal, esto es, dentro de la etapa de la vía gubernativa.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal anota que los actos acusados fueron el resultado de la investigación administrativa iniciada en razón de la queja formulada por MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY MEJÍA, propietarios del apartamento ubicado en la carrera 18B No 156-16, apto. 102 y de la línea telefónica número 6728218, quienes adujeron que el aviso contratado con PUBLICAR S.A. por el señor GERMAN REINOSO debió ser cobrado a la cuenta correspondiente a la línea telefónica número 6725376 que corresponde al apartamento de propiedad del solicitante del aviso y que se encuentra ubicado en la misma dirección, cuyo número es el 101 y no el 102, de propiedad de los quejosos. La queja la formularon debido a que por no haberse pagado el valor total de lo facturado por concepto del servicio telefónico, incluido el aviso, dicho servicio les fue suspendido.

La Superintendencia expidió los actos acusados y sancionó a la actora por considerar que la idoneidad en la prestación del servicio falló frente a un tercero ajeno a la relación contractual, quien resultó afectado con el cobro de un servicio no contratado y obtuvo de ello perjuicios que lo llevaron hasta el corte del servicio de su línea telefónica, responsabilidad imputable a PUBLICAR S.A. al haber dirigido el cobro a un número telefónico diferente al indicado para el efecto por el solicitante del aviso y no haber constatado que todos los teléfonos señalados en el anuncio pertenecieran al solicitante.

A juicio del *a quo*, resultaba improcedente que la SIC, aduciendo actuar en ejercicio de las normas de protección al consumidor aplicara a la actora la sanción cuestionada por incumplimiento en la idoneidad del servicio en razón de la queja formulada acerca de la facturación y cobro a la línea telefónica 6728218 (de propiedad de los quejosos, también propietarios del apartamento 102) por concepto del aviso para ser publicado en el directorio telefónico a solicitud del señor GERMAN REINOSO, por cuanto en lo que al servicio contratado se refiere, esto es, la publicación del aviso en las condiciones y términos pactados no existió reparo alguno por parte del usuario, quien fue el solicitante del mismo.

Se remite a la definición que de idoneidad de un bien o servicio trae el artículo 1º, literal e) del Decreto 3466 de 1982 y concluye que tales elementos y características se presentaron frente al consumidor que solicitó la publicación del anuncio, razón por la cual no era viable la sanción impuesta a PUBLICAR S.A. como resultado del reclamo de un tercero frente a un asunto ajeno a la directa prestación del servicio contratado, en sí mismo considerado, bajo el argumento de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.

Señala que el Reglamento para Publicaciones en el directorio telefónico contenido en la Resolución 2254 de 1974 del Ministerio de Comunicaciones y el contrato de arrendamiento celebrado entre el solicitante del aviso y los quejosos, suscriptores y propietarios de la línea telefónica a cuya cuenta se cargó el valor del aviso de publicación, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, vigente para la época, hacían legalmente procedente que PUBLICAR S.A. trasladara la facturación y cobro del servicio prestado al solicitante al segundo de los números telefónicos informados en el aviso.

Concluye el Tribunal que la presunción de legalidad de los actos acusados logró ser desvirtuada y, en consecuencia, declara su nulidad y que la actora no está obligada a pagar la sanción en ellos impuesta.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En su recurso, la Superintendencia de Industria y Comercio reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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

La Superintendencia insiste en que de conformidad con el artículo 43 del Decreto 3466 de 1982, en armonía con el Decreto 2153 de 1992, le corresponde imponer las sanciones administrativas por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes y servicios, velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y tramitar las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido atribuida a otra autoridad, con el fin de establecer la responsabilidad administrativa del caso y ordenar las medidas pertinentes, apreciación con la que esta Corporación se encuentra totalmente de acuerdo.

Ahora bien, el Tribunal consideró que era improcedente la multa impuesta a la actora por cuanto, a su juicio, el servicio prestado frente al consumidor, esto es, al señor GERMAN REINOSO, solicitante de la publicación del anuncio, cumplió con las condiciones legalmente señaladas para ser considerado idóneo y porque dicha multa fue el resultado del reclamo de un tercero ajeno a la directa prestación del servicio contratado, en sí mismo considerado, por lo que no era viable imponerla bajo el argumento de estar cumpliendo la demandada con su deber de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.

La anterior posición la respalda el fallador de primera instancia en la Resolución 2254 de 1974, en el contrato de arrendamiento suscrito entre el señor GERMAN REINOSO y los quejosos, propietarios del inmueble a cuya línea telefónica se cargó el servicio, y en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994.

Tales normas preceptúan:

Ley 142 de 1994:

“Artículo 130.- Partes del contrato. Son partes del contrato la empresa de servicios públicos, y los usuarios.

“El propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos.

“Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes ó bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial”.

Resolución 2254 de 1974 “Por la cual se aprueba el reglamento para publicaciones en el Directorio Telefónico”:

“Artículo 1º. Aprobar el Reglamento para Publicaciones en el Directorio Telefónico, cuyo texto es el siguiente:

“1. De acuerdo con lo establecido en los artículos 69, 70 y 71 del Decreto 2427 de 4 de octubre de 1936, la Empresa editará anualmente el Directorio Telefónico correspondiente y entregará gratuitamente un ejemplar a cada usuario por cada línea directa....**Los usuarios del servicio telefónico distintos del suscriptor pueden figurar en el Directorio Telefónico** en las mismas condiciones establecidas para los suscriptores, sin que por esta causa los suscriptores pierdan esta condición. **Para cumplir con esta disposición la Empresa hará conocer a los suscriptores el derecho de los usuarios a figurar en el Directorio Telefónico, para que aquellos tengan la oportunidad de notificar a la Empresa si no desean que otra persona distinta aparezca en el Directorio Telefónico. De no recibir aviso al respecto la Empresa considerará que puede publicar los nombres de los usuarios que así lo soliciten.** La Empresa se reserva el derecho de autorizar la publicación de nombres adicionales, destacados y anuncios cuando lo considere conveniente y hará la rectificación de los errores que puedan aparecer en el Directorio editando un suplemento cuando, a su juicio, a ello hubiere lugar, pero no responderá por errores u omisiones.

“2. ...

“3. ... **El valor de las inserciones o anuncios autorizados** hace parte integrante e indivisible de la suma que los suscriptores o usuarios deben pagar a la Empresa por la prestación del servicio telefónico. En consecuencia, si el suscriptor o usuario no llegare a pagar ese valor conjunto, la Empresa podrá suspender el servicio del

teléfono, de acuerdo con el aparte a) artículo 2º del Reglamento de Suscriptores,...

“4. Los valores por concepto de publicaciones en el Directorio Telefónico serán cobrados exclusivamente por medio de la cuenta mensual de los respectivos teléfonos. El valor de las publicaciones debe ser pagado por los anunciadores desde el mes siguiente a su ordenación y hasta el mes en que se entregue el Directorio Telefónico, como máximo.

“5. ...

*“6. **La Empresa puede abstenerse de publicar nombres adicionales, destacados, anuncios o cualquier otro tipo de publicidad dentro del Directorio Telefónico, cuando las respectivas solicitudes no sean debidamente autorizadas directamente por el suscriptor del teléfono que ha de aparecer publicado en las inserciones materia de estas peticiones, salvo lo dispuesto en el numeral 1º de este Reglamento.***

“7. ...

*“9. ... Cuando en un aviso o inserción figure más de un teléfono, la Empresa puede cargar el valor total de la publicación a cualquiera de los números que allí aparezcan, así como trasladar tales cargos de unos a otros teléfonos. En última instancia los suscriptores o usuarios serán responsables por los cargos ocasionados por inserciones o anuncios ordenados sobre los teléfonos a su servicio. Igualmente la Empresa puede cargar a cualquier teléfono de un suscriptor o usuario si no se hubiere certificado lo establecido en el punto once (11) de este Reglamento, el valor de publicaciones aparecidas en el Directorio **y por aquellos ordenadas**, cuando por causa de traslado de un establecimiento o negocio lo anunciadores continúen en otro lugar utilizando teléfonos diferentes a los publicados y hayan dejado cuentas pendientes de pago por determinadas publicaciones en otros teléfonos.*

“11. ...

Para la Sala, las normas antes transcritas en manera alguna impedían a la Superintendencia de Industria y Comercio imponer la multa cuestionada y, antes por el contrario, refuerzan que bien hizo la demandada al sancionar a PUBLICAR S.A.

En efecto, el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 establece la solidaridad entre el propietario del inmueble, el suscriptor y los usuarios del

respectivo servicio público, sin que en este caso podamos hablar de que la publicación del anuncio ordenada por el señor GERMAN REINOSO constituya un servicio público, pues éstos los define el artículo 14.20 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios como todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta Ley y el 14.21 ibídem enumera los servicios públicos domiciliarios, esto es, acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible.

En consecuencia, si bien es cierto que PUBLICAR S.A. cobra el valor de los anuncios publicados por conducto de la ETB S.A. E.S.P., es decir, que los factura en el recibo correspondiente a la prestación del servicio público de telefonía pública básica conmutada, también lo es que ello no le otorga el carácter de público al servicio prestado por la actora y, por tanto, no puede predicarse solidaridad alguna entre el propietario del inmueble (suscriptor de la línea telefónica) y el usuario de la misma, a menos que el respectivo suscriptor de la línea telefónica, una vez notificado por parte de la Empresa del interés del usuario de dicha línea de incluirla a nombre suyo o en un anuncio publicitario consienta expresamente o simplemente no se pronuncie sobre el particular, es decir, que no habrá solidaridad entre el suscriptor y el usuario de la línea telefónica respecto del pago del anuncio publicitario, cuando una vez **notificado** el suscriptor de la solicitud del usuario en tal sentido, no otorgue expresamente su autorización.

En el caso sub exámine PUBLICAR S.A. no demostró, es más, ni siquiera argumentó que había notificado a los señores MARCO ANTONIO LOZANO y RUBY YANETH MEJÍA (propietarios del inmueble y, por ende, suscriptores de la línea telefónica), sobre la solicitud del señor REINOSO de publicar un anuncio con el número de la línea telefónica de propiedad de aquellos, razón por la cual no puede hablarse de que con su silencio otorgaron el consentimiento y mucho menos que lo hicieron expresamente, como tampoco que el contrato de arrendamiento constituye la susodicha autorización, pues en virtud de éste simplemente se otorga el uso normal de

la línea telefónica, más no la autorización para que sea insertada en un anuncio publicitario, pues para ello se requiere, se reitera, la notificación al suscriptor por parte de la empresa anunciante (PUBLICAR S.A.).

Así las cosas, la Sala concluye que fue ilegal el cobro efectuado por la ETB S.A. E.S.P. a los quejosos con fundamento en la obligación adquirida por el señor REINOSO con PUBLICAR S.A., pues dicho cobro se derivó de un contrato suscrito entre ésta y una persona diferente a la titular de la línea telefónica sin contar con la autorización de dicho titular (propietario del inmueble y suscriptor de la línea telefónica), y máxime si se tiene en cuenta que la solidaridad a que alude el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 está fundamentada en el servicio que presta la respectiva empresa de servicios públicos, para el caso, la ETB S.A. E.S.P. y en las obligaciones adquiridas por el suscriptor en el contrato de prestación del servicio, el cual no incluye las relaciones que surjan entre una empresa privada, como lo es PUBLICAR S.A. y un tercero que es el usuario, en este caso el señor REINOSO, lo cual se traduce en que con dicho cobro no se podía vincular al titular de la línea telefónica teniendo como causa una obligación que no es propia de la prestación del servicio público en sí mismo considerado, pues nunca fue notificado y, por ende, no otorgó su consentimiento ni expresa ni tácitamente.

Aceptar la tesis de PUBLICAR S.A., equivocadamente respaldada por el Tribunal, llevaría al absurdo de aceptar que terceros totalmente ajenos a la relación jurídica surgida entre la empresa anunciante y el usuario del servicio prestado por esta última, que no es público, se vieran afectados por el incumplimiento de dicho usuario sin tener alternativa distinta a la de tener que acudir ante los jueces, cuando lo cierto es que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad administrativa, está expresamente facultada para velar que se de cumplimiento a las normas sobre protección al consumidor, las cuales fueron en este caso desconocidas por PUBLICAR S.A., al efectuar el cobro a una persona a

quien no se le dio oportunidad de expresar su consentimiento sobre el uso, en este caso comercial, que de su línea telefónica se haría.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, denegará las pretensiones de la demanda, pues la conducta de PUBLICAR S.A., sin lugar a dudas, contrarió la normativa del Estatuto de Protección al Consumidor.

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,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de octubre de 2004 y, en su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE al abogado MARTÍN EDUARDO TORRES CARDOZO como apoderado de PUBLICAR S.A., en los términos y para los fines del poder a él conferido, que obra a folio 59 del cuaderno núm. 2.

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 diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008).

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE PIANETA LAFONT

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN