



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 1033 DE 2012

(19 ENE 2012)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Expediente No. 11 17405

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales en especial las conferidas en el Código Contencioso Administrativo, el Decreto 3466 de 1982, el Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 30305 de 31 de mayo de 2011, impuso a la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A. una sanción pecuniaria por la suma de dieciséis millones sesenta y ocho mil pesos (\$16.068.000), equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la violación de lo dispuesto en los artículos 14 y 31 del Decreto 3466 de 1982 en relación con los hechos descritos en la reseñada providencia.

SEGUNDO: Que la doctora María Guadalupe Carmen Mercedes Quijano de Jiménez, en su calidad de apoderada especial de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A., interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, apeló, dentro del término legal, bajo los siguientes argumentos:

La recurrente señala que en la página 8 de El Tiempo se informa que la tasa de interés es según el monto y plazo, desde 0% hasta 12.55% E.A., así como en las piezas publicitarias radiales la información fue leída "en off" quedando explicadas todas las condiciones, y que adicionalmente; cuando los clientes se acercan a los vendedores, éstos, mediante un simulador financiero, les cotiza exactamente lo solicitado de manera completa, minuciosa y específica respecto de todas las condiciones de su posible compra, lo cual se hace con base en unas tablas, denominadas herramientas de ventas, que tienen establecidos montos, plazos y tasas gradualmente ascendentes en cuanto crecen plazo y monto, lo cual coincide con lo ofrecido en la publicidad sobre "tasas de interés según monto y plazo desde 0% hasta 12.55% E.A".

Afirma que el Despacho no está seguro de qué pieza fue la que indujo a error a la consumidora, sino que con base en suposiciones hace su análisis, y que tampoco es coherente con los lineamientos de esta Superintendencia, que en otras oportunidades ha conceptuado que hay que mirar la campaña en su conjunto para ver la verdadera intención del anunciante.

Que también se ignora en la resolución recurrida, que las condiciones adicionales que pueden existir para acceder a la tasa cero pueden ser consultadas en la página web de Renault, ayuda de reenvío recomendada ampliamente por la entidad en diversas charlas y capacitaciones sobre las obligaciones de información e los anunciantes.

Por lo anterior solicita que sea revocada la decisión contenida en la resolución recurrida, y en subsidio, solicita que el valor de la multa sea reducido por considerar que no se ha afectado el

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

mercado ni se ha inducido a un consumidor a llevar a cabo un negocio que lesionara sus intereses.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 54053 de 30 de septiembre de 2011, se resolvió el recurso de reposición interpuesto y se concedió el de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del código contencioso administrativo, este Despacho procede a desatar el recurso de apelación, así:

Los argumentos de la recurrente están encaminados en establecer que la investigada no incurrió en la violación al artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, toda vez que las piezas publicitarias señalaban condiciones y restricciones como lo es "*Tasas de interés según monto y plazo, desde 0% E.A. hasta 12.55% E.A.*".

Revisadas las piezas publicitarias encontradas en el expediente, tanto la ubicada dentro de la revista Motor como la ubicada dentro del periódico El Tiempo, que es a la que tuvo acceso la denunciante, y en ambas se observa que el principal señalamiento de la publicidad es: "*\$500.000 en bonos de regalos + 0% interés + hasta 6 años plazo de pago + pago de la primera cuota en el 3er mes*", de manera que lo que claramente está ofreciendo esta publicidad, es una tasa del 0% de interés sin ninguna restricción o condición, y un plazo *hasta* de 6 años, poniendo un límite en el tiempo.

Es importante resaltar, que un consumidor medio, aquél que no es ni muy diligente ni muy descuidado, al revisar la mencionada publicidad, va a captar y entender que al comprar un vehículo financiado, deberá pagar un 0% de interés en cualquier caso sin restricción alguna, y que en cuanto al plazo, éste sí tiene un límite, por lo cual no puede exceder de los 6 años, lo anterior independientemente de si el aviso en letra diminuta señala la condición y restricción respecto al interés, pues eso no es lo que ve el consumidor, pues su atención ya fue capturada por el aviso principal, que con el fin de no inducir en error, lo correcto es que en el mismo se mencionara "*DESDE 0% Interés*", dándole a entender al universo de consumidores, que existía una restricción.

De acuerdo a lo anterior, este Despacho considera que la sociedad investigada sí incurrió en la infracción a las normas de información contenidas en el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, toda vez que la información suministrada induce en error, pues con base en ésta es que los consumidores toman su decisión de compra, al creer que no pagarán intereses por la financiación del vehículo, llevándose una sorpresa en el momento en que proceden a realizarles la cotización, al darse cuenta que sí se le están cobrando intereses, modificando su decisión de compra y afectando su comportamiento económico.

En cuanto a la solicitud de reducir el valor de la multa impuesta, considera el Despacho que en la aplicación de la misma, se tuvieron en cuenta de manera estricta los hechos que le sirvieron de causa, y los fines de las normas que lo autorizan; así mismo, la sanción se encuentra motivada y dentro de los rangos que señala la ley.

La proporcionalidad implica evaluar la gravedad de la conducta del infractor, comparar la tipología de sanciones junto con el supuesto de hecho de las normas que consagra, para así identificar que la sanción es la establecida por la ley, además de incluir una graduación conforme a un mínimo y un máximo y de acuerdo a la dosimetría sancionatoria consistente en que sólo la conducta más grave posible debe tener la sanción más alta y la conducta más leve debe tener la sanción más leve.

Como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado,

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

"El cargo de violación al principio de proporcionalidad, que hizo consistir el actor en el hecho de que la administración impuso la máxima sanción permitida en la Ley, haciendo uso arbitrario de su facultad sancionatoria mediante la determinación infundada de que Almacenes Éxito incurrió en la falta más grave que pudiere cometer, tampoco está llamado a prosperar, pues si bien las sanciones impuestas se ubican dentro de los montos máximos establecidos por la ley, de conformidad con los artículos 24 letra a) y 32 del Decreto 3466 de 1982 y el numeral 5 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 no por ello resultan desproporcionadas pues para efectos de su imposición, según se infiere del contenido de los actos acusados, se analizaron conienzudamente tanto las conductas desplegadas como las explicaciones dadas por el investigado a la luz de las disposiciones consagradas en el Decreto 3466 de 1982.

"Por lo demás, debe tenerse en cuenta la importancia que tiene Almacenes Éxito en el ámbito comercial, de ahí la obligación de actuar conforme a la Ley y no generarle a los consumidores expectativas falsas y engañosas para mantenerse como una buena alternativa para éstos a la hora de realizar las compras.

"Finalmente, cabe resaltar que el empleo de propaganda engañosa para inducir al consumidor a adquirir un producto merced a un incentivo que no existe, comporta abierta transgresión a los principios de confianza legítima y de buena fe, lo cual resulta inexcusable cuando proviene de una empresa que en el sector de hipermercados ocupa un lugar destacado en las preferencias de consumo de los colombianos".¹

Es importante recordar que las sanciones impuestas se ubican dentro de los montos máximos establecidos por la ley, de conformidad con el literal a) del artículo 24 del Decreto 3466 de 1982 donde se dispone que la multa puede graduarse entre uno y cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en el presente caso la sanción impuesta se acerca mucho más al mínimo que al máximo.

Siendo que solo se impuso una multa por treinta salarios mínimos, considera este Despacho que es proporcionada a la clase de infracción que se sanciona, en tanto que la sanción es la consecuencia de la inobservancia de una norma, y en nada tiene relación con el monto de los bienes y/o servicios objeto de la negociación, por cuanto lo único que atiende son las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se configuró la infracción, así como la afectación del interés general y la magnitud de dicha afectación, que como se estableció anteriormente, en el presente caso existió la potencialidad de inducir en error a un sinnúmero de consumidores en razón de la conducta desplegada por la investigada, por lo cual es procedente la sanción impuesta así como es proporcional y adecuado el monto establecido.

En razón de lo anterior y toda vez que los argumentos de la recurrente no lograron desvirtuar los hechos denunciados y no se encuentran elementos de juicio suficientes para acceder a la solicitud de revocar la decisión contenida en la resolución impugnada, este Despacho procederá a confirmarla en su integridad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar íntegramente la Resolución No. 30305 del 31 de mayo de 2011, por las razones expuestas en la presente resolución.

¹ Consejo de Estado. EXPEDIENTE NÚMERO 689-01 DE 2005. CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL CINCO (2005).

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora María Guadalupe Carmen Mercedes Quijano de Jiménez, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.471.710 y Tarjeta Profesional No. 82.899, en su condición de apoderada especial, o a quien haga sus veces, de la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A. con Nit. 860.025.792-3, como investigada entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

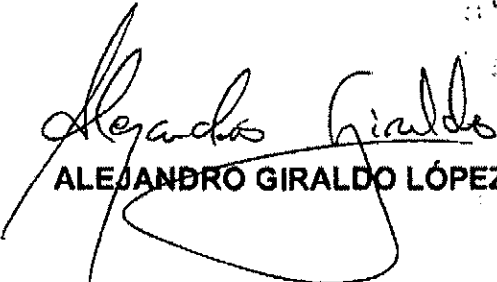
ARTÍCULO TERCERO: Comunicar el contenido de la presente resolución a la señora Martha Inés Landinez Ariza, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.858.958, en su condición de quejosa.

COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

El Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor,

19 ENE 2012


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIÓN

Investigada

Sociedad:	Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A.
Identificación:	Nit. 860.025.792-3
Apoderada Especial:	María Guadalupe Carmen Mercedes Quijano de Jiménez
Identificación:	C.C. No. 41.471.710 y T.P. No. 82.899
Dirección:	Kilómetro 17 Carretera Central del Norte
Ciudad:	Chía - Cundinamarca

COMUNICACIÓN

Quejoso

Nombre:	Martha Inés Landinez Ariza
Identificación:	C.C. No. 51.858.958
Correo electrónico:	sermedin@hotmail.com
Dirección:	Carrera 54 A No. 127 A No. 85. Casa 45
Ciudad:	Bogotá D.C.

AGL/alpt



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

33 8 0
RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012

(31 ENE 2012)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación No.11006456

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales en especial la Ley 1341 de 2009, el Decreto 1130 de 1999, el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Protección al Consumidor, mediante Resolución No.39174 del 27 de julio de 2011, sancionó a la sociedad Colombia Móvil S.A E.S.P., identificada con Nit. 830.114.921-1, al tener por establecido el incumplimiento por parte del proveedor de servicios de lo ordenado en la Resolución No.65910 del 26 de noviembre de 2010, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el señor Pedro Luis Polanía Silgado frente a la decisión del mencionado operador.

SÉGUNDO: Que inconforme con la citada resolución, la doctora Alba Luisa Esmeral Berrío, en su calidad de apoderada especial de la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, mediante escrito de fecha 30 de agosto de 2011, pronunciándose frente a los motivos que dieron lugar a la imposición de la multa, de la siguiente manera:

Señala la investigada "(...) El día 20 de diciembre de 2010, se envió carta informativa al cliente sobre el cumplimiento de lo ordenado por el Acto Administrativo en cuestión, indicándole que se procedía a realizar el cambio del equipo Sony Ericsson W 580l adquiando por uno de características similares.

El señor Pedro Luis Polanía Silgado no aceptó que se le realizara el cambio de equipo, lo cual se evidencia en el Derecho de Petición radicado el día 24 de enero de 2011 en el cual solicitó que se procediera con el reintegro del valor pagado por el equipo y no con el cambio del mismo; de tal forma que el valor fuera consignado en su cuenta de ahorros número 90110552060 del banco GNB SUDAMERIS el valor de \$519.661. Adjuntamos soportes para su referencia.

El día 14 de febrero de 2011 CM dio respuesta al derecho de petición del usuario informándole que el reintegro de dinero por valor de \$519.661 se había hecho efectivo el día 3 de febrero de 2011 en la cuenta de ahorros por él indicada. De igual manera, se aclaró que el valor reintegrado correspondía al cancelado por el usuario por el equipo Sony Ericsson W580l y de conformidad con lo solicitado por él mismo en su requerimiento.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Así las cosas, queda plenamente demostrado que CM cumplió con lo ordenado por la SIC, ya le informó al usuario que en cumplimiento de lo ordenado por la autoridad procedería a realizar el cambio del equipo Sony Ericsson W580I por uno de similares características.

Ahora, en el caso particular, el usuario no aceptó el cambio de equipo ordenado por la SIC en la resolución 65910 de 2010, sino que a mutuo propio, solicitó a CM que el valor correspondiente al equipo que se le sería cambiado, le fuera reintegrado en efectivo, es decir, consignado en la cuenta de ahorros por él señalada en su petición.

Así las cosas, CM procedió de conformidad con lo solicitado por el usuario, una vez nos hizo saber que prefería el reintegro del valor y no el cambio del equipo (...)

TERCERO: Que mediante Resolución No. 58276 del 26 de octubre de 2011, se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión impugnada, y concediendo el subsidiario de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a manifestarse frente a los motivos de inconformidad expuestos en el recurso al cual se hizo alusión en el numeral segundo del presente acto administrativo, de la siguiente manera:

Como primera medida, es necesario reiterar que la presente actuación administrativa iniciada mediante formulación de pliego de cargos en contra del proveedor de servicios la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., tiene por objeto analizar el cumplimiento de lo ordenado en la Resolución No. 65910 del 26 de noviembre de 2010, la cual fue proferida con ocasión de la queja, presentada por el señor Pedro Luis Polanía Salgado.

En este sentido, es preciso señalar que en la parte motiva del acto administrativo citado en precedencia se estableció lo siguiente:

"(...) Así las cosas, cuando se efectuó el cambio del equipo terminal el día 28 de noviembre de 2009 en cumplimiento al procedimiento de efectividad de garantía del anterior bien, sobre el nuevo equipo terminal, esto es, el equipo terminal Sony Ericsson W580I imei 359886011628756 empezó a contar un nuevo término de garantía, como acertadamente lo expone el usuario, por lo que esta instancia no encuentra procedente la posición del operador en este sentido pues va en contravía de la norma citada, por lo que debe concluirse que partir del cambio del aparato el término de la garantía empezó a correr por una año desde el 28 de mayo de 2009.

Ahora bien, observa este Despacho que las fallas del nuevo equipo terminal han sido recurrentes ya que ha presentado cuatro (4) ingresos al centro de servicio técnico, razón por la cual la solicitud del usuario es procedente y, en consecuencia, se ordenará al operador realizar el cambio del bien por uno de similares características (...)

Por su parte, en el artículo primero del mencionado acto administrativo se ordenó lo que a continuación se cita:

"ARTÍCULO PRIMERO: Revocar la decisión empresarial proferida por el operador, identificada en el numeral primero de la presente resolución y, en consecuencia ordenar al operador que dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la comunicación de la presente providencia, proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en el acápite considerativo del presente acto administrativo." (Subrayas del Despacho)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De conformidad con lo expuesto, resulta diáfano que el mandato del acto administrativo citado en precedencia era realizar el cambio del equipo terminal por uno de similares características o la devolución del dinero pagado por éste.

Si bien es cierto, que el operador le informó al usuario mediante comunicación del 20 de diciembre de 2010, tal como se comprueba a folio 5 y 6 del expediente sobre su intención de cumplir con lo ordenado por el acto administrativo No. 65910 del 28 de noviembre de 2010 y le indicó que procedería a realizar el cambio del equipo Sony Ericsson W 580I por uno de características similares, con lo cual se podría concluir que el operador inició el proceso para dar cumplimiento con lo ordenado por el acto administrativo en precedencia dentro del término establecido para ello, esto es dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la Resolución 65910, al 4 de enero de 2011 fecha en la cual el usuario radicó un nuevo derecho de petición ante el operador, éste no había dado cumplimiento a lo ordenado por la entidad, de lo que se establece el cumplimiento tardío de la orden impartida.

De lo anterior no resulta satisfactorio el actuar de la investigada, toda vez que solamente hasta el 20 de diciembre de 2010 procedió a informarle al usuario su intención de cumplir con lo ordenado en el acto administrativo, olvidándosele al operador que ese era el plazo para cumplir la orden administrativa y no para iniciar apenas el proceso para cumplirle al consumidor.

Ante el no cumplimiento por parte de la investigada de la Resolución 65910, el señor Pedro Luis Polanía Silgado radicó comunicación el 21 de enero de 2011 ante esta Superintendencia, en la cual manifiesta entre otros motivos los siguientes:

(...) El día 26 de noviembre del 2010, fue emitida por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la resolución con número 65910, en donde se obliga a Colombia móvil el atender el recurso de apelación con número de radicación 10099187 impuesto por mi parte.

El día 24 de Diciembre del 2010, llega a mi residencia un comunicado de referencia 82599, con fecha de emisión 20 de diciembre del 2010 (Ver anexo 1), en donde Colombia Móvil S.A ESP manifiesta (Copiado del texto original) " De acuerdo con lo indicado en la resolución 65910, en la cual se revoca la decisión adoptada por nuestra compañía y se ordena cambio de equipo por uno de iguales o similares características al inicialmente adquirido.

(...)

(...) Dado el escenario anteriormente descrito, el día 27 de Diciembre del 2010, me dirijo al centro de servicio TIGO, ubicado en la carrera 11 con calle 85, en donde me manifiestan que es necesario llenar nuevamente un formato de PQRs y recursos código CUN: 90168(...)

(...) Debido a que el 18 de Enero de 2011, no había recibido por parte de Colombia Móvil S.A ESP, ningún comunicado quise realizar seguimiento al tema en cuestión, llamé a la línea de atención del cliente de TIGO, en donde el asesor que me atendió me estipula que debido a que el caso ya se encontraba cerrado, debía dirigirme a un centro de servicio de TIGO.

El día 20 de Enero de 2011, me dirijo hacia las instalaciones del centro de servicios TIGO, ubicado en la carrera 11 con calle 85, en donde me dicen que efectivamente el caso se encuentra cerrado, me realizan la entrega de una copia (que no había llegado a mi poder por ningún medio), del comunicado emitido por Colombia Móvil S.A.ESP (.....) Nos permitimos informarle que al momento que el equipo se encuentre en nuestro centro de servicios para la entrega, personal de nuestra compañía se estará comunicando con usted para brindarle información de cuándo y a qué centro de servicio debe acercarse para recibir la nueva terminal..." En donde se puede evidenciar que incumplen con lo ordenado en la resolución, en donde se describe que en caso tal que, yo como consumidor, manifestare que deseo desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, debían reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, hecho que realicé desde el llenado del formato de PQRs y recursos, enunciado en el numeral 3 del presente.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Debido a la anteriormente descrito y al pésimo servicio prestado en el caso en consideración, la solución a la que me obliga hacer la asesora de servicio y la coordinadora del centro de servicios TIGO ubicado en la Carrera 11 con calle 85, es llenar nuevamente un formato de PQRs y recursos, exponiendo nuevamente el tema en mención, y me dice que no lo radicara en búsqueda de una pronta solución (Ver anexo No.3), cuestión a la que accedí, (solamente porque tenía conocimiento que la conversación estaba siendo grabada, quedando evidencia de lo sucedido), que de lo contrario, debería esperar otros quince días hábiles más, para ver si Colombia Móvil S.A ESP, decidía acceder a mi petición, realizada con base en lo que estipula la resolución (...)"

Frente a las consideraciones anteriores, se demuestra que a pesar que la investigada señala en su comunicación del 20 de diciembre de 2010 que estaba haciendo el proceso para dar cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 65910, lo cierto es que el consumidor tuvo que radicar un nuevo derecho de petición ante el operador, por cuanto al 4 de enero de 2011 no había dado cumplimiento a la orden impartida por esta Superintendencia, de lo que se establece el cumplimiento tardío de la orden impartida.

De igual manera del contenido del derecho de petición presentado por el usuario ante el operador el 4 de enero de 2011 y de la comunicación radicada en esta Superintendencia el 21 de enero de 2011, se establece que al señor Pedro Polanía Silgado antes de cumplirle el operador lo ordenado por esta Entidad dentro del término establecido para ello, por el contrario le pusieron trabas injustificadas, trámites innecesarios, tales como, el de tener que diligenciar un nuevo formato de PQRs y recursos en donde debía plasmar nuevamente lo sucedido con la advertencia que no lo radicara para que tuviera una pronta solución, y acudir varias veces a las oficinas del operador a preguntar por el cumplimiento de la orden administrativa impartida por la Superintendencia.

Cabe recordarle al operador que cuando se imparte una orden administrativa por parte de esta Superintendencia en desarrollo de una investigación administrativa encaminada a la protección de los derechos de los usuarios y/o suscriptores de los servicios de telecomunicaciones, es para que se cumpla sin mayores dilaciones y por ende dentro del plazo estipulado por esta Entidad, sin que le sea dable al operador imponerle al usuario la carga de cumplir con mayores y nuevos requisitos **innecesarios e injustificados** para poder ver cristalizado lo ordenado en la decisión administrativa, tal como ocurrió en el presente caso.

Frente a lo señalado anteriormente, para la administración resulta gravísimo el incumplimiento tardío de una orden administrativa dada en un proceso, en donde ha habido un desgaste de las partes y de la administración para agotar el trámite administrativo de la PQR y que adicionalmente una vez impartida la orden por parte de esta Superintendencia la misma sea incumplida de forma **injustificada** por parte del operador, conducta con la cual se vería burlada la facultad de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones otorgada por la ley a la Entidad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 39174 del 27 de julio de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de este acto administrativo a la Doctora Magda Ximena Fernández Campos, en su calidad de apoderada especial de la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., o a quien haga sus veces, y al señor Pedro Luis Polanía Silgado, identificado con Cédula de Ciudadanía número 80.239.908, en calidad de quejoso, entregándoles copia del mismo, e indicándoles que contra la presente resolución no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

31 ENE 2012

El Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor,


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIONES

Investigada:

Sociedad: Colombia Móvil S.A. E.S.P.
Identificación: Nit. 830.114-921-1
Apoderada Especial: Alba Luisa Esmeral Berrío
Dirección: Carrera 9 A No. 99-02 Oficina 501
Ciudad: Bogotá, D.C.

Quejoso:

Señor: Pedro Luis Polanía Silgado
Identificación: C.C. 80.239.908
Dirección: Carrera 55 A No. 165-27 Int.5 Apto502
Ciudad: Bogotá D.C.

AGL/acm



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **4355** DE 2012

(2 FEB 2012)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación 09111430

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales, en especial por las conferidas en el Decreto 3466 de 1982, el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011, el Código Contencioso Administrativo y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Protección al Consumidor mediante la Resolución No. 54926 del 8 de octubre de 2011, impuso a la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A. una sanción pecuniaria por la suma de diez millones trescientos mil pesos (\$10.300.000), equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los hechos descritos en la reseñada providencia.

SEGUNDO: Que dentro del término legal, el doctor José Orlando Montealegre Escobar, actuando en calidad de apoderado de la compañía interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No.54926 del 8 de octubre de 2011, pretendiendo que se revocara el artículo primero y que en su lugar se disponga ordenar el archivo de la investigación, aduciendo lo siguiente:

Manifiesta la recurrente que:

"1. La Resolución 54926 de 2010 es violatoria del derecho a la defensa y el debido proceso de Comcel

"(...) La resolución recurrida se profirió con violación del derecho de defensa de mi representada, pues la SIC no le ha dado a Comcel la oportunidad de contradecir unos cargos correctamente imputados y adicionalmente fundamentó su sanción en una norma genérica que no le es aplicable a la propaganda comercial con incentivos, como aquella empleada en el caso que nos ocupa.

"a) Comcel no pudo ejercer debidamente su derecho a la defensa y contradicción

"(...)

"En el caso que nos ocupa mediante Resolución 51877 de 2009, la SIC inició la presente investigación, supuestamente 'mediante formulación de cargos a la sociedad denunciada por la presunta omisión de información, en la campaña publicitaria, acerca de las condiciones, restricciones y requisitos esenciales para adquirir los servicios Plan Sin Fin Ideal y Kit Amigo de Comcel...' Sin embargo, tal como se mencionó en el escrito radicado el 27 de octubre de 2009,

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

los cargos específicos que se le imputaban a Comcel no fueron definidos con claridad, y por esta razón, mi representada solicitó 'precisar cuáles son los motivos de la norma citada', para así poder ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.

"(...)

"La solicitud presentada por Comcel relativa a la imputación concreta de cargos no fue sido respondida (sic) por la SIC, organismo que, en su lugar, expidió la resolución objeto de este recurso, señalando que 'la imputación fáctica estuvo claramente precisada'. Con este proceder la SIC incurre, entonces en una nueva violación del derecho de defensa de Comcel, pues la mera afirmación de que la imputación fáctica estuvo claramente precisada no corrige, sino que confirma, la ausencia de precisión de los cargos formulados contra la compañía que represento.

"(...)

"En el caso que nos ocupa, la imputación concreta de los cargos endilgados por la Superintendencia no fue puesta en conocimiento de la sociedad investigada, Comcel, no obstante haber sido ello solicitado dentro del término legal. Esta imputación concreta de los cargos era necesaria e imprescindible para cabal ejercicio del derecho de defensa y contradicción consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pues es presupuesto para esgrimir cualquier argumento o aportar pruebas en defensa de una imputación, conocer previamente con exactitud cuáles son los hechos investigados, las normas supuestamente vulneradas y la relación concreta entre unos y otros. Esto no ha ocurrido en el caso que nos ocupa, y por lo tanto Comcel la sanción impuesta es ilegal, pues previamente a su imposición no se precisaron los cargos a Comcel, de los cuales debía defenderse, como lo exige la ley.

"En suma, desconociendo el debido proceso, mediante la resolución que es objeto de este recurso la Superintendencia procedió a imponer una sanción pecuniaria en contra de mi representada, sin haber permitido que Comcel ejerciera debidamente su derecho a la defensa y contradicción. Ello constituye nuevamente una flagrante violación al debido proceso, pues Comcel, hasta el momento, no ha podido aportar ningún argumento ni prueba en su defensa.

"(...)

"b) El supuesto de hecho analizado por la SIC no se encuentra contemplado en la norma invocada en la resolución recurrida

"En la mencionada Resolución 51877 de 2009, mediante la cual se dio apertura al presente trámite, se establece lo siguiente:

'(...)

"Similarmente, en la resolución objeto de este recurso, se menciona que 'Se encuentra establecida, como quedó visto, la violación de lo preceptuado en el artículo 14 del decreto 3466 de 1982'.

"La norma invocada por la SIC en el presente trámite, es el artículo 14 del decreto 3466 de 1982, el cual establece lo siguiente:

'(...)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

“Como se observa, el artículo 14 citado se refiere a las normas generales de la información que se transmite a los consumidores, enfocándose únicamente en los componentes y propiedades de los servicios a los que hacen referencia las mismas, determinando su naturaleza, uso, calidad y demás características esenciales. No hace referencia el mencionado artículo a las condiciones y restricciones del servicio que se ofrezca, pues ellas se predicen únicamente de la propaganda comercial con incentivos, la cual se encuentra regulada, no en el artículo 14, sino en el artículo 16 del mismo Decreto 3466 de 1982.

(...)

“En los mensajes publicitarios a que se refiere la Superintendencia de Industria y Comercio, se ofrecieron, como incentivo, algunos planes en postpago, todos denominados Plan Sin Fin Ideal, e identificados con un número. Así pues, de conformidad con lo publicado en la página web de Comcel, dicha empresa ofrece planes distintos dentro de la denominación Plan Sin Fin Ideal, situación que se ve reflejada en la propaganda comercial bajo estudio, pues de manera clara se habla de HASTA 9 números elegidos, dependiendo del tipo de plan que escoja el usuario. Adicionalmente, en los Planes Sin Fin Ideal, y en general en los demás que ofrece la compañía, cuando se permite al usuario inscribir unos números “elegidos”, esto es, otras líneas telefónicas de Comcel señaladas por el usuario, con las cuales puede hablar gratis los 5 primeros minutos de cada llamada con estos, tal y como se expresa en las piezas publicitarias que dieron inicio a este trámite. Lo anterior sujeto a la vigencia de la promoción objeto de divulgación por medio de las piezas publicitarias.

“Por otra parte, como se indica en las pautas publicitarias, los Kits Amigo, DAN LA POSIBILIDAD a los usuarios de inscribir, por un costo de \$12.720 IVA incluido, un número elegido para hablar gratis los 5 primeros minutos de cada número elegido, al cual puede enviarle mensajes de texto gratis. Así pues, se está ofreciendo una promoción en la que el usuario de planes post pago, podría según su elección inscribir un elegido para hablar los primeros 5 minutos de la llamada de manera gratuita y, por el mismo costo, un número elegido para enviar mensajes de texto gratis. Así pues, se está ofreciendo una promoción en la que el usuario de planes post pago podría según su elección inscribir un elegido para hablar los primeros 5 minutos de la llamada de manera gratuita y, por el mismo costo, un número (sic) elegido para enviar mensajes de texto gratis. Lo anterior sujeto a la vigencia de la referida promoción, objeto de los mensajes publicitarios.

“La misma Superintendencia ha reconocido el carácter de incentivo que tienen los servicios ofrecidos en la propaganda comercial bajo estudio, al señalar en la resolución recurrida que ‘las promociones Plan Sin Fin Ideal y kit Amigo de Comcel tienen restricciones y se aplican dependiendo del plan, del operador y de los costos anuales de inscripción de vigencia (...)’ y que la ‘información difundida en la propaganda comercial objeto de denuncia fue insuficiente por omitir condiciones esenciales para acceder a las promociones’. Esto permite confirmar que los productos ofrecidos en las piezas publicitarias bajo estudio, coinciden con la definición de ‘incentivo’ que propone el Decreto 3466 de 1982 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que por lo tanto, le es aplicable el artículo 16 del Decreto 3466 de 1982 y no el artículo 14 del mismo Decreto que mal fue invocado por la SIC.

“En conclusión, estando frente a un caso de publicidad comercial que incluye incentivos, la disposición que ha debido invocar la SIC para iniciar la actuación administrativa era la norma especial, esto es, el artículo 16 del Decreto 3466 de 1982, y no la regla general contenida en el artículo 14 del Decreto mencionado, puesto que la primera, por ser especial, prima sobre esta última.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

(...)

“Todo lo expuesto permite concluir que existen varias inconsistencias entre las normas invocadas por la SIC y los supuestos de hecho que son objeto de sanción por parte de la SIC. Ello evidencia una grave violación al debido proceso de Comcel, pues no se están aplicando las normas correctas en el trámite sancionatorio. Por tanto, la SIC debe revocar la Resolución No. 54926 de 2010 recurrida.

“2. La información contenida en la propaganda comercial presentada por Comcel fue suficiente y por lo tanto no indujo a error a los consumidores y la Resolución 54926 de 2010 es violatoria del derecho a la igualdad y del principio de confianza legítima

“Sin perjuicio de lo señalado en los puntos anteriores, que son suficientes para revocar la multa impuesta, a continuación se demostrará, también, que la información contenida en las piezas publicitarias estudiadas por la SIC no indujo a error a los consumidores, y por lo tanto, la Resolución recurrida debe ser revocada. También se demostrará que la Resolución 54926 de 2010 es violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto da a Comcel un tratamiento contrario al que en el pasado le ha dado a otras empresas en circunstancias iguales.

“En las piezas publicitarias bajo estudio se advierte explícitamente sobre la existencia de condiciones y restricciones en los servicios ofrecidos, al tiempo que invita al usuario a informarse sobre los mismos en la página web de la compañía, www.comcel.com, donde se especifican cabalmente los términos en los que se prestan los servicios en cada uno de los planes ofrecidos.

“Adicionalmente, en las piezas publicitarias se suministra información que permite al usuario conocer las limitaciones de los servicios ofrecidos. En efecto, en la publicidad se indica de forma clara y notoria que la gratuidad de las llamadas a los números elegidos se extiende únicamente a los 5 primeros minutos de cada llamada. Igualmente, en la publicidad de los planes Sin Fin Ideal, por la manera en que se presenta la información, utilizando la palabra HASTA (9 elegidos), es claro para el receptor del mensaje que se está hablando de más de una opción de contratación, de un rango de posibilidades, y que el número de elegidos dependerá de la opción escogida.

“Respecto a la publicidad de los Kits Amigo de Comcel, cabe resaltar que en ella se indica que los usuarios que adquieren estos productos tienen la POSIBILIDAD de inscribir un número elegido para hablar gratis y uno para escribir mensajes de texto gratis. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra posibilidad tiene dos significados. El primero de ellos es la ‘aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo’. El segundo, y más relevante para el asunto que nos ocupa, es la ‘aptitud o facultad para hacer o no hacer algo’. En ese sentido, los mensajes publicitarios no inducen, ni pueden inducir a error al consumidor, pues la terminología utilizada en ellos indica de manera clara que al usuario se le ofrece una opción que puede o no ejercer, dependiendo de su voluntad.

(...)

Ahora, se reprocha el hecho de que estas descripciones estén contenidas en la página web referida, pues establece la SIC en la resolución impugnada que tal información no puede ‘omitirse en el contexto básico de los anuncios empleados para su divulgación, circunstancia que no es subsanable con la utilización de mecanismos supletorios tale (sic) como la página

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

web del proveedor de servicios. Lo anterior es claramente contrario al precedente que había creado la misma entidad en reiterada doctrina propia pues, la SIC ha establecido lo siguiente:

(...)

"De lo anterior es posible concluir que Comcel cumplió los parámetros que ha venido imponiendo la SIC, pues indicó expresamente que existen condiciones y que éstas se encuentran en la página web referida expresamente en la publicidad. Así las cosas, no es de recibo afirmar que la información resulte insuficiente pues Comcel, además de haber prestado el servicio ofrecido, ha hecho referencia a los condicionamientos que se encuentran contenidos en la página web, a la cual se hace remisión expresa en la publicidad bajo estudio.

"No obstante lo anterior, en la resolución que mediante este escrito se recurre, se afirma que Comcel debía incluir dentro de ellas las piezas publicitarias, toda la información sobre las condiciones y restricciones de los incentivos ofrecidos, sin que la SIC de ninguna explicación que justifique la inaplicación de la misma doctrina desarrollada, implementada y aplicada por esa entidad.

"(...)

"En adición a lo señalado, la actuación de la SIC, en cuanto al cambio injustificado de su precedente, es también violatoria del principio de confianza legítima, el cual ha sido explicado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

(...)

"En el caso que nos ocupa, la SIC cambió drásticamente su posición respecto de la posibilidad de advertir sobre la existencia de condiciones y restricciones en la propaganda comercial, y no le comunicó a los anunciantes sobre dicho cambio en su doctrina. Ahora, y sin haber permitido que las empresas afectadas con el cambio mencionado se adapten a la nueva situación, la SIC pretende imponer una sanción pecuniaria, violando, entonces el principio de confianza legítima descrito atrás.

"Todo lo señalado indica que la Superintendencia de Industria y Comercio debe respetar los precedentes administrativos en materia de imposición de sanciones y de aplicación de las normas sobre propaganda comercial, en aquellos casos en que las situaciones fácticas sean iguales. Sin embargo, como a continuación se demostrará, en el caso que nos ocupa ello no ocurrió, pues a Comcel se le dio un tratamiento y discriminatorio respecto de las demás empresas en las que, en situaciones iguales, no han sido objeto de sanción por parte de la SIC y se le ha permitido anunciar las condiciones y restricciones de una promoción en su página web.

"(...)"

TERCERO: Que mediante la Resolución No. 58307 del 26 de octubre de 2011 se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en su integridad la resolución recurrida, y concediendo el recurso de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a resolver todas las cuestiones planteadas, estudiando los cargos así:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

El recurrente plantea dos motivos de inconformidad con la Resolución No. 54926 del 8 de octubre de 2011. La primera razón, es la violación del derecho de defensa y debido proceso, por cuanto, afirma, no se le especificaron las razones de la apertura de investigación de forma clara y concreta, y que a pesar de haber solicitado la concreción de los cargos, la SIC no respondió dicha comunicación y decidió imponer la sanción. También, dentro de esta misma consideración, esgrime una aplicación indebida de la ley, ya que se sancionó a la investigada por violación al artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, y no se analizó el caso bajo la óptica del artículo 16, norma aplicable al caso en concreto. La segunda razón expuesta es que la investigada suministró a los consumidores información veraz y suficiente y por lo tanto no hubo inducción a error. Por último, considera el libelista, la Resolución atacada es violatoria del derecho a la igualdad y del principio de confianza legítima, por cuanto en anteriores ocasiones la SIC había considerado la remisión a la página web suficiente para indicar las restricciones y condiciones.

En los anteriores términos, procederá este Despacho a pronunciarse sobre cada uno de los aspectos planteados por el recurrente:

4.1 Transgresión del derecho de defensa y el debido proceso por parte de la SIC.

Afirma el deprecante que la SIC violó su derecho al debido proceso administrativo y su derecho de defensa, toda vez que esta Entidad emitió una resolución de apertura de investigación en la que no definió con claridad los cargos que se le imputaban, y que a pesar de que solicitó una aclaración a dicha resolución, este Ente se abstuvo de responder el petitum y en su lugar dictó la decisión sancionatoria.

En este punto, es preciso señalar que el debido proceso tal como lo ha explicado la Corte Constitucional en la sentencia T-982 del 2004, se cristaliza en dos garantías mínimas:

“La existencia del debido proceso administrativo como mecanismo de protección de los administrados, se concreta en dos garantías mínimas, a saber: (i) en la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación (...).”

Revisadas las actuaciones procesales adelantadas en el expediente bajo estudio, se encuentra que a folio 14 del plenario está la Resolución No. 51877 del 13 de octubre de 2009, por medio de la cual se dio inicio a la presente investigación administrativa. En ella, se le informa claramente a la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. (en adelante Comcel), que se está iniciando una investigación administrativa de carácter sancionatorio, mediante la formulación de cargos.

En los considerandos primero y segundo, se transcriben las normas que presuntamente podrían estarse violando, y en el considerando tercero se le informa que esta Entidad recibió una denuncia en la que se informa que la publicidad de los *Plan Sin Fin Ideal* y *Kit amigo de Comcel* omite información necesaria para que los consumidores sepan acerca de las condiciones, restricciones y requisitos esenciales y básicos para adquirir dichos servicios.

En el considerando cuarto se le hace la imputación fáctica específica, en la que se dice expresamente que *“se ha establecido que el proveedor de servicios en su campaña publicitaria de los servicios Plan Sin Fin Ideal y Kit Amigo de Comcel habría omitido información acerca de las condiciones, restricciones y requisitos esenciales y básicos para adquirir tales servicios”*. A

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

continuación, en el mismo numeral, se le hace la imputación jurídica, en la que se advierte que *“la norma presuntamente vulnerada es el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, Estatuto de Protección al Consumidor, en consonancia con el numeral 2.1 del Capítulo Segundo Título II de la Circular Única de esta Superintendencia”*.

A continuación, en el considerando quinto se le anuncia que se tendrán como pruebas las que obran en el expediente, y en el considerando sexto se le informa que tiene un término de diez (10) días hábiles para ejercer su derecho de defensa y contradicción, presentando sus argumentos y aportando o solicitando las pruebas que pretendiera hacer valer.

Lo dicho en la parte considerativa refleja lo ordenado en la parte resolutive de dicha resolución de apertura.

Así las cosas, este Despacho no comparte el argumento de la investigada tendiente a señalar que los cargos no fueron debidamente imputados, que no eran claros o precisos. Como ya se señaló en precedencia, la imputación fáctica y jurídica fue totalmente clara y precisa, y se le otorgó toda la información necesaria para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, presentara sus argumentos y pruebas, solicitara las que considerara que la Entidad debía practicar, y en todo momento el expediente estuvo a su disposición para lo que considerara necesario para preparar su defensa.

Sin embargo, y a pesar de la claridad de las imputaciones, la investigada se limitó a contestar solicitando un 'complemento' a la resolución de apertura, por considerar que las imputaciones eran 'genéricas' y que le impedían el adecuado ejercicio del derecho de contradicción, lo que para este Despacho fue claramente un intento por dilatar el proceso de forma injustificada, ya que, como se observó anteriormente, las imputaciones fueron claras, precisas y concisas, en el sentido de que no estaba dando información suficiente y adecuada a los consumidores con relación a las condiciones y restricciones que aplicaban a los planes *Plan Sin Fin Ideal* y *Kit Amigo de Comcel*.

Este Despacho considera correcta la actuación que tuvo la Dirección de Protección al Consumidor al no haber dado respuesta a dicha comunicación, porque la autoridad debe garantizar la aplicación de los principios orientadores de la actuación administrativa, entre ellos los de economía y celeridad¹, y por tanto debe rechazar cualquier intento injustificado de dilación de los procesos a su cargo, como a todas luces lo era la petición elevada por Comcel.

¹ ARTICULO 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

(...)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En los anteriores términos, este Despacho considera que no se violó el debido proceso y el derecho de defensa de la investigada, por los hechos analizados.

De otra parte, la investigada aduce que se le vulneró el debido proceso al proferir la sanción fundamentada en una norma genérica la cual no le era aplicable a la propaganda comercial con incentivos, la cual es regulada por el artículo 16 del Estatuto de Protección al Consumidor.

Yerra el recurrente al considerar que solamente puede ser analizado el caso bajo el artículo 16 del Estatuto de Protección al Consumidor, ya que el artículo 14 es el integrador de todo el régimen de información y publicidad que trae el Estatuto, y que comienza señalando el principio básico esencial de que *"Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente"*. Por tanto, cualquier tipo de información o publicidad que violente el principio de veracidad y suficiencia, independientemente de que haya sido en el marco de una promoción o no, está infringiendo el artículo 14 del Estatuto. Tanto es así, que las consecuencias jurídicas por infringir cualquiera de los artículos relacionados con información y publicidad de los señalados en el Estatuto del Consumidor son las mismas, y están señaladas en el artículo 32 del mismo cuerpo normativo².

En este punto del análisis, vale la pena reiterar que en la resolución de apertura de investigación se señaló como normas presuntamente infringidas el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 en consonancia con el numeral 2.1 del Capítulo Segundo Título II de la Circular Única, preceptiva esta última que en su numeral 2.1.2.2 establece como criterios para determinar si una publicidad es engañosa o no, el hecho que no se incluya en la propaganda comercial la información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio.

Así las cosas, el Despacho no comparte la objeción de la investigada, por cuanto la imputación realizada por la Dirección de Protección al Consumidor fue la no inclusión en la publicidad de las restricciones y limitaciones que aplicaban en la campaña publicitaria, no quedando duda que las normas citadas en precedencia antes de ser genérica para el presente caso, son las que se refieren precisamente a la publicidad engañosa la cual tiene la aptitud de inducir en error al consumidor.

Bajo las anteriores consideraciones, el Despacho considera que no se violó el debido proceso ni el derecho de defensa de Comcel S.A.

4.2. La información contenida en la propaganda comercial era suficiente y no inducía en error a los consumidores.

² **Artículo 32. Sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda:** En todo caso que se compruebe, de oficio o a petición de parte, que las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, la autoridad competente impondrá la multa de que trata la letra a) del artículo 24. y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores. Para tal efecto, en la misma providencia se indicará un plazo razonable a juicio de quien la expida y se indicará que se causa una multa en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de la expedición de aquella providencia, por cada día de retardo en su cumplimiento. A la actuación se aplicarán las normas procedimentales previstas en el artículo 28

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

El otro cuestionamiento formulado por la investigada se relaciona con la afirmación de que la propaganda comercial anunciada fue suficiente y en consecuencia no inducía en error a los consumidores.

De manera general, y atendiendo a lo reiterado por esta entidad, quienes ofrecen productos o servicios al público tienen, en relación con la información que suministran, dos obligaciones legales como son la suficiencia y la veracidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de Protección al Consumidor.

Por lo tanto, es obligación de parte del anunciante informar de manera suficiente y veraz al consumidor sobre las características de los servicios y bienes que ofrece, como el precio, así como las características o la cantidad de los bienes ofrecidos, en aras de que la persona que reciba dicho mensaje forme de una manera adecuada su voluntad en el sentido de tomar una decisión para la compra del bien con fundamento en las razonables expectativas que previamente se ha creado.

Tanto la doctrina de esta Superintendencia como la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que los mensajes publicitarios, individual y conjuntamente considerados, deben ser comprensibles y lo suficientemente completos para que el consumidor tenga los elementos necesarios para tomar una decisión libre de engaños y error, y que por tanto un mensaje emitido en una publicidad de forma destacada no puede ser cambiado o modificado por la letra pequeña o por las condiciones y restricciones que se le impongan a dicha publicidad.

El Consejo de Estado, en destacado fallo del 2006, en el que denegó la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de una decisión adoptada por esta Entidad, sostuvo:

“Por consiguiente, la Sala advierte que bajo ninguna circunstancia la sola expresión ‘hasta agotar existencias’ o sus análogas semejantes, como ‘hasta agotar inventarios’, o ‘aplican restricciones’, no es idóneo, precisa, ni suficiente para informar sobre la cantidad, la oportunidad, o las posibilidades de beneficiarse de un incentivo ofrecido en una publicidad que se funde en ese sistema, menos cuando se consigna en textos marginales de los avisos de forma que minimizan su perceptibilidad por los consumidores respecto de los demás datos de la promoción; luego, su uso sin especificar los límites de tiempo, de cantidad o de oportunidad respectivos, o sin indicar cuáles son las restricciones que se aplican y cuya ubicación y tamaño desfavorece su lectura, hace de la misma una publicidad engañosa o capaz de inducir en error al consumidor.”^[1]

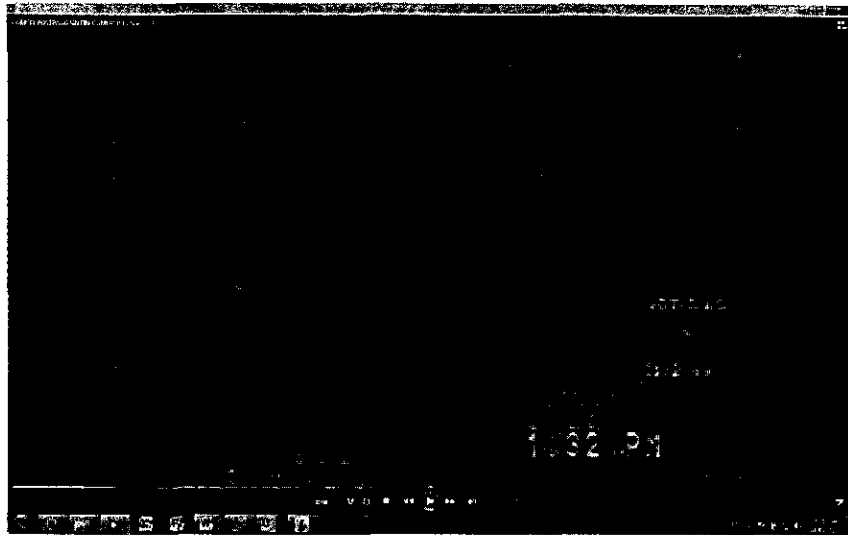
En los anteriores términos, se analizará si la publicidad emitida por Comcel para promocionar sus planes “Plan Sin Fin Ideal” y “Kit Amigo de Comcel” cumplieron con los requerimientos de veracidad y suficiencia establecidos en la ley, para no vulnerar el derecho de los consumidores.

Analizadas las piezas publicitarias que reposan en el expediente, se observa lo siguiente:

1. Publicidades Plan Sin Fin Ideal, “habla gratis los 5 primeros minutos”.

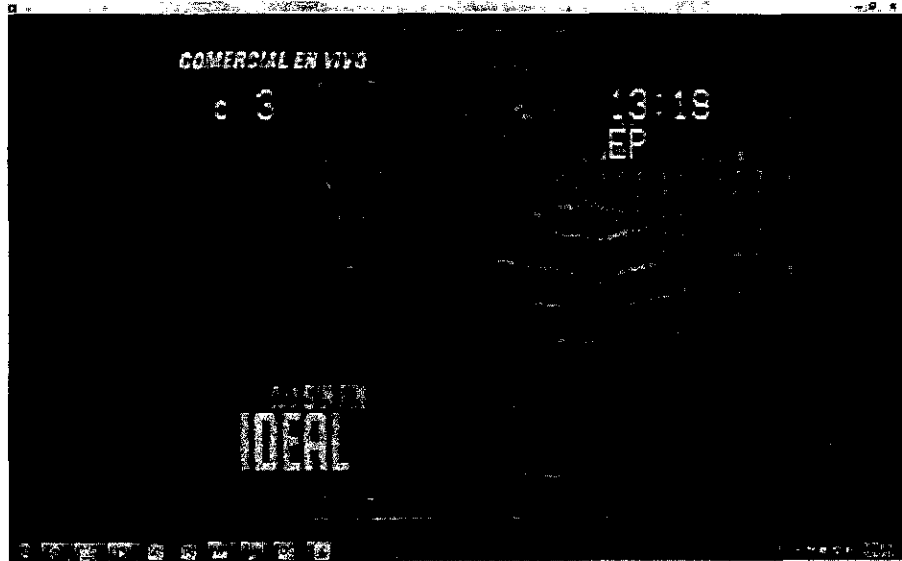
^[1] H. Consejo de Estado. Sentencia de 22 de Junio de 2006. Consejero Ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Rad. 25000-23-24-000-2002-00540-01. Mecanelectro S.A. v. Superintendencia de Industria y Comercio.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación



En estas dos piezas publicitarias se puede observar claramente que se promociona el *Plan Sin Fin Ideal*, en el que se ofrecen los 5 primeros minutos **gratis**. Rápidamente, aparece el letrero de "aplican condiciones y restricciones, infórmate en comcel.com".

2. Publicidad *Plan Sin Fin Ideal*, "hasta 9 elegidos para hablar gratis"



Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En este comercial, se promociona el Plan Sin Fin Ideal y se escucha: *"Discúlpame, pero es que ahora con mi Comcel tengo hasta 9 elegidos para hablar gratis, por eso, yo soy Comcel, ¿y tú?"*. En esta pieza publicitaria no se anuncia que haya algún tipo de restricción o condición, ni que se debía acudir a la página web de Comcel para recibir más información.

3. Publicidad Kit Amigo de Comcel, "habla gratis los primeros 5 minutos".



En esta publicidad se promueve el "Kit Amigo de Comcel", y se lee que podrá hablar gratis los 5 primeros minutos. A continuación señala que aplican condiciones y restricciones, infórmate en comcel.com. La persona que habla afirma que *"perdón, pero es que con Comcel puedo hablar todas las veces que quiero gratis ya no puedo dejar de hablar. Por eso yo soy Comcel, ¿y tú?"*

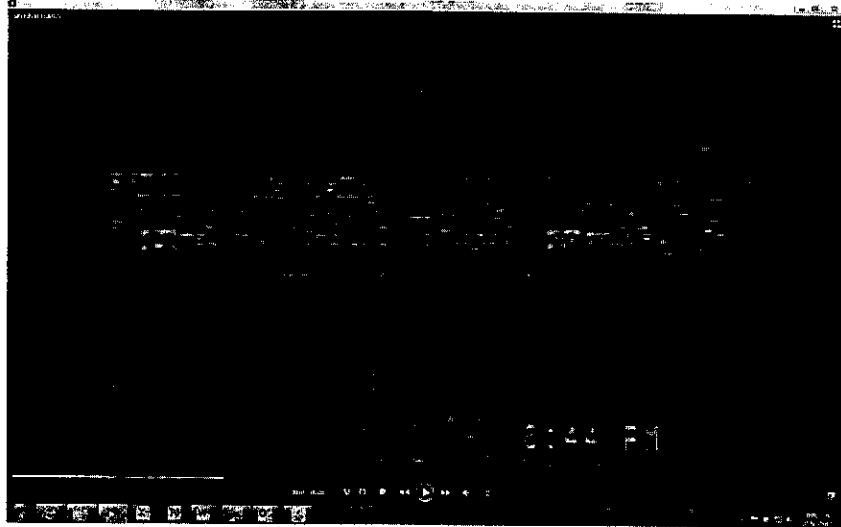
4. Publicidad sin especificar qué plan se promociona, pero se ofrece tanto hasta 9 elegidos para hablar, como habla gratis los 5 primeros minutos.



En la publicidad se puede leer "habla gratis los 5 primeros minutos, aplican condiciones y restricciones, infórmate en comcel.com". Además, la persona que habla dice: *"Discúlpame, pero es que estoy llamando a todo el mundo porque con mi Comcel tengo hasta 9 elegidos para hablar gratis. Por eso yo soy Comcel, ¿y tú?"*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

5. Publicidad *Plan Sin Fin Ideal*, "9 elegidos para hablar gratis"

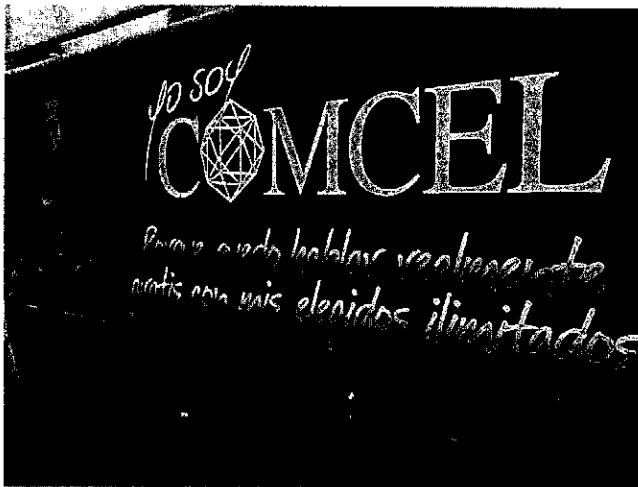


En esta publicidad, tanto la imagen como el audio dicen "9 elegidos para hablar", sin que se indique ningún tipo de restricción o condición.

6. Cuña radial de *Kit Amigo*.

En ella se oye: "Si necesitas hacer muchas llamadas lo mejor es hacerlas gratis. Compra tu Kit amigo y tienes la posibilidad de escoger un elegido ilimitado para hablar y otro para escribir". No informan ningún tipo de restricción o limitación.

7. Publicidad de valla.



De los mensajes publicitarios analizados, se llega a las siguientes conclusiones:

1. El *Plan Sin Fin Ideal* ofrecía hablar gratis en todas las llamadas los 5 primeros minutos y 9 elegidos para hablar gratis.
2. El *Plan Kit Amigo de Comcel* el mensaje transmitido era hablar gratis los 5 primeros minutos, y un elegido ilimitado para hablar y otro para escribir gratis.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Si bien en algunas piezas publicitarias (no en todas) se advirtió de la existencia de condiciones y restricciones, en ninguna de ellas se señaló cuáles eran esas condiciones, y se limitó a señalar que debían ser consultadas en su página web.

Verificadas las verdaderas condiciones en que se estaban vendiendo los referidos planes, se encontró que éstos desvirtuaban en su integridad el mensaje enviado en la publicidad, puesto que ni los 5 primeros minutos son gratis para todos los planes, ni puede elegir 9 números cualquiera porque está limitado a números Comcel. Además, el número de elegidos depende del *Plan sin fin* que escoja el consumidor, ya que hay de varios costos, y solamente el más costoso tiene para elegir los 9 números. Igualmente, en el *Kit amigo* tampoco es cierto que los 5 primeros minutos sean gratis en todos los casos, y sólo en el plan más costoso está la opción del elegido ilimitado para hablar y para escribir. Sin duda alguna, todos estos aspectos resultaban fundamentales para la toma de decisiones por parte de los usuarios a la que estaba dirigida la promoción.

En este orden de ideas, no resulta de recibo el argumento planteado por la investigada en el sentido que de la pauta publicitaria no inducía en error a los consumidores, toda vez que el consumidor daba por entendido que la promoción aplicaba para cualquier plan y que no tenía limitación respecto de los costos anuales de suscripción y de vigencia de cada plan, ya que efectuando un análisis superficial, el consumidor debe guiarse por un sentido común de las palabras, interpretando las mismas dentro del contexto, sin interpretaciones complejas, pues las condiciones antes señaladas que se constituían en restricciones y limitaciones para poder acceder a la promoción, y siendo esta información de **trascendental relevancia** para los consumidores potenciales participantes de la promoción anunciada por la investigada, la remisión a otro medio informativo para determinar tal circunstancia, resulta ser una carga que el consumidor no debería soportar y antes, por el contrario, es una información que debería encontrarse directamente en la pieza publicitaria.

Sobre el particular debemos señalar que quien tiene la obligación de otorgar la información veraz y suficiente, es el anunciante, obligación que no puede transferirse al consumidor. La normativa vigente no busca que se incluya toda la información en las piezas publicitarias, solo aquella que es necesaria para que los adquirentes puedan tomar una decisión libre, sin estar inducido en error, razón por la cual las mismas debían estar contenidas de manera clara y expresa en el texto de la publicidad.

La remisión a una página web, lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Entidad, si bien es un medio válido para dar información, dicho medio es complementario y no puede ser el único utilizado por el anunciante para transmitirle al consumidor los elementos esenciales de la publicidad. Se insiste, cada pieza publicitaria debe ser comprensible por sí misma, y contener los elementos esenciales para no generar confusión o engaño.

Así las cosas, este Despacho considera acertada la decisión adoptada por la Dirección de Protección al Consumidor, al considerar que la simple remisión a la página web de la investigada que hacía en algunos de sus comerciales no era suficiente para cumplir con las obligaciones de veracidad y suficiencia exigidas para todo tipo de publicidad.

Finalmente, con relación al argumento expuesto por el recurrente sobre la violación al derecho de igualdad y la violación a la legítima confianza, a pesar de que en el recurso anuncia que expondrá decisiones adoptadas por esta Entidad que fijan una posición contraria a la adoptada en el presente caso, no hace referencia a ningún caso ni reseña ninguna decisión anterior de esta Entidad que fije posición diferente a la aquí expuesta.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sin embargo, y a pesar de no sustentar dichas afirmaciones, este Despacho debe decir que la decisión aquí adoptada es consistente y ha sido expuesta desde hace varios años en sus decisiones. La Resolución 21960 de 2004 de esta Entidad, en la que se confirmó una sanción impuesta a la empresa Bellsouth, este Despacho sostuvo: *"la limitación radical del universo al cual se dirige la promoción se considera una condición primordial que no puede, en consecuencia, omitirse en el contexto básico de los anuncios empleados para su divulgación, circunstancia que no es subsanable con la utilización de mecanismos supletorios que, dicho sea de paso, trasladan al potencial consumidor del producto la carga de indagar sobre la existencia de condiciones esenciales como la que es materia de examen y que, de ser conocida, le permitiría saber a este con el primer contacto publicitario si es o no destinatario de la misma"*.

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, este Despacho no encuentra que haya algún elemento de juicio determinante que permita modificar la resolución impugnada.

En mérito de expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 54926 del 8 de octubre de 2010, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente al doctor José Orlando Montealegre Escobar, en su calidad de apoderado de la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. identificada con el NIT No. 800.153.993-7, y al doctor Darío Fernando Arango en su calidad de representante legal de la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A., en su calidad de quejoso el contenido de la presente resolución, o a quienes hagan sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ella no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., **2 FEB 2012**

El Superintendente Delegado de Protección al Consumidor


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIÓN:

Investigada:

Nombre: Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
Identificación: NIT. No. 800.153.993-7
Apoderado: José Orlando Montealegre Escobar
Dirección: Calle 90 No. 14-37.
Ciudad: Bogotá D.C.

Quejosa:

Nombre: Telefónica Móviles Colombia S.A
Identificación: Nit. No.800.037.330-7
Representante Legal: Darío Fernando Arango.
Dirección: Calle 100 No. 7-33
Ciudad: Bogotá, D.C.
AGL/acm



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

37 2 7
RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012

(31 ENE 2012)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación: No. 11000339

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales en especial la Ley 1341 de 2009, el Decreto 1130 de 1999, el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Protección al Consumidor, mediante Resolución No. 35664 del 30 de junio de 2011, sancionó a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., identificada con número de Nit. 830.122.566-1, al encontrar establecido el incumplimiento de lo previsto en el artículo 72 de la Resolución 1732 de 2007 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones por no haberle recibido el recurso de reposición en subsidio de apelación presentado por ella en sus instalaciones principales ubicadas en la ciudad de Bogotá.

La decisión de sanción y orden se impuso teniendo en cuenta el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, en consonancia con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, atendiendo a la naturaleza de la infracción y la vulneración de los derechos de los usuarios y suscriptores de los servicios de telecomunicaciones que de tal omisión se deriva.

SEGUNDO: Que inconforme con la citada resolución, la doctora María Carolina Galvis Rueda, en su calidad de apoderada de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., interpuso los recursos de reposición y en subsidio, el de apelación, mediante escrito de fecha 5 de agosto de 2011, en el cual manifestó lo que a continuación se cita:

2.1 Inexistencia de Incumplimiento por parte de Coltel.

Señala la defensa de la investigada que "(...) *No se encuentra probado por parte de la usuaria, el hecho de haber entregado, o al menos haber intentado entregar una comunicación en determinada dirección empresarial, lo mínimo que ha de aportar es el oficio mismo de la petición, la fecha de ocurrencia de los hechos y la prueba de su presencia en tal lugar, sea al menos un turno, el nombre de la persona que presuntamente rechazo la carta, o algún elemento principal o accesorio que permita en grado razonable pensar que tal afirmación corresponde a la realidad, elementos que, como quedó expuesto en los hechos, no reposan de manera alguna en el expediente, luego queda desvirtuado de plano por carencia probatoria la afirmación de la usuaria según al cual la usuaria se presentó a las oficinas mencionadas a presentar su recurso y éste le fue rechazado, ya que lo único que la apoya es una mera afirmación, elemento no demostrado(...)*

(...)

(...) *La carencia probatoria así configurada torna la denuncia en una acusación abstracta, inepta y temeraria, carente de sustancia y de sustrato probatorio, lo que hace imposible determinar si la comunicación de la actora fue allegada a las instalaciones del operador, quedando desprovisto el asunto del presupuesto normativo de la entrega del recurso, o al*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

menos el intento fallido, para efectos de configurar la obligación del prestador de recibirla y darle trámite, por lo que la actuación está llamada a la improcedencia(...)
(...)

(...) También resulta improcedente invertir la carga de la prueba en el caso que nos ocupa no es procedente legalmente ni razonable en términos de la sana crítica y el buen juicio que debe observar el juzgador, abocar a un sujeto procesal a probar algo materialmente imposible, como lo sería para la denunciada llegar a probar que una persona, para el caso la quejosa, no haya acudido a sus sedes Acacias o Centro en la ciudad de Pasto y la no radicación de un recurso en la ciudad de Bogotá; la exigencia de una prueba en tal sentido contradice todos los principios de legalidad de la prueba(...)

(...)

(...) Así las cosas, el escenario procesal que se plantea no es otro que aquel en el que no obran pruebas suficientes, idóneas ni conducentes a efectos de establecer como cierta la conducta imputada a la investigada, toda vez que siendo el sustrato fáctico del litigio simples e improbadas afirmaciones de parte de la actora y negaciones indefinidas de parte de la investigada, se descubren los hechos que apoyan la pretensión de la denuncia carentes de prueba objetiva que arrime al juzgador al convencimiento de su real ocurrencia, de suerte tal resulta lo procedente el archivo de la actuación sin sanción alguna para el proveedor de servicios (...)

(...)

(...) Ahora bien, respecto de la imputación que hace su Despacho respecto del presunto no recibo por parte de esta Compañía en la Transversal 60 (AV. Suba) No.114 A -55 en la ciudad de Bogotá, según el cual manifiesta la SIC que encontró probado el no recibo por parte de esta Compañía, al encontrarse demostrado con guía de correo que la quejosa envió un recurso a la dirección ya citada y por tanto, COLTEL no puede eximirse de responsabilidad en cuanto la recepción de este recurso objeto de reclamo, aseveración ésta que se aparta de toda lógica jurídica, toda vez que el hecho que la usuaria indique unos datos consignados en la guía de correo, sin tener esta el sello de recibido por parte de COLTEL, no es prueba suficiente para afirmar por parte de la SIC que COLTEL se negó a recibir dicho recurso, pues aún cuando los datos de la dirección son correctos, no existe prueba de recibido ante esta Compañía (...)"

2.2. La falta de motivación de la sanción.

Así mismo, en relación con la tasación del monto de la sanción pecuniaria en el acto administrativo impugnado, sostiene la libelista que "(...) En el presente caso se echa de menos la motivación en virtud de la cual se ha adoptado la determinación de imponer una sanción de cien (100) SMLMV. En relación con la motivación de la decisión así adoptada, no se sirvió el ente de control agregar a lo esgrimido un juicio o criterio cuantitativo que aproxime a la denunciada a la razón de orden objetivo de que se sirvió para arribar a su decisión en los términos del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, limitándose a indicar que el monto de la sanción, fue un acto emitido en uso de una facultad discrecional otorgada por la Ley a esa entidad, procediendo entonces a hacer una escueta y general alusión del apoyo normativo de la sanción en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 (...)"

2.3. La dosimetría sancionatoria.

Argumenta la libelista que "(...) la carencia de la exposición de los criterios cualitativos y cuantitativos que determinaron el monto de la sanción pecuniaria exigidos por el artículo 66 de la Ley 1341 de 2010 implica a su vez otra irregularidad de fondo, esta es, la relacionada con el enorme incremento de la sanción en relación con multas impuestas por esa entidad en casos

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

que si bien corresponde a procesos distintos obedecen a premisas fácticas y normativas similares.(...) Ahora bien en casos precedentes similares al presente, era el proceder de esa Superintendencia imponer al operador una multa por el valor equivalente a diez (10) SMMLV ; sin embargo ahora, atribuyendo consecuencias sancionatorias distintas a casos iguales, en lo que no es otra cosa que una aplicación abiertamente desigual y asimétrica de la Ley, en detrimento del mandato constitucional aludido.La SIC puede, en cualquier momento, reconsiderar el monto de las sanciones que impone a sus vigilados. De hecho no existe una tarifa legal sancionatoria que le exija a la entidad de vigilancia y control sancionar con un determinado valor casos de similares características. Cada caso debe ser evaluado según sus circunstancias singulares y, llegado al caso, sancionado de conformidad con las mismas. No obstante lo anterior es apenas obvio que la autoridad de vigilancia y control adopte, en un momento determinado, unos parámetros sancionatorios que le aseguren penalizar de manera equitativa y uniforme casos que obedezcan a una misma tipología infractora predefinida (...)"

TERCERO: Que mediante Resolución No. 54355 del 30 de septiembre de 2011, se resolvió el recurso de reposición confirmando el acto administrativo impugnado, y concediendo el recurso subsidiario de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procederá a resolver todas las cuestiones planteadas, estudiando los cargos así:

La denuncia de la usuaria en el caso bajo estudio, se circunscribe a que remitió un recurso de reposición y en subsidio de apelación contra una decisión tomada por el operador dentro de un reclamo presentado por la usuaria, por correo certificado a la dirección de la sociedad investigada, pero que éste no fue recibido. De igual forma manifiesta que posteriormente se remitió a dos de las oficinas ubicadas en la ciudad de Pasto, en las que intentó radicar el escrito de los recursos, sin embargo, los funcionarios se negaron a recibir tal documentación.

En primer lugar, es importante señalar que la decisión de imponer la sanción no se fundamentó en el hecho en que la usuaria hubiera intentado entregar en las oficinas de la investigada ubicadas en la ciudad de Pasto, porque como lo afirma la recurrente, no existe pruebas de ese hecho dentro del expediente, sino que la misma tuvo como motivo el no recibo por parte del operador del escrito de los recursos remitidos por la señora Doris Adriana Delgado a la dirección Transversal 60 (Avenida Suba) No.114 A-55 de la ciudad de Bogotá a nombre de Colombia Telecomunicaciones S.A, bajo el argumento que el sobre le faltaba el nombre de la persona al cual iba dirigido, de lo cual sí existe plena prueba dentro del plenario.

En efecto, analizada la documentación obrante en el diligenciamiento, a folios 4 y 7 se encuentra copia de la guía de correo de la empresa Servicios Postales Nacionales de fecha 10 de diciembre de 2010 y de la misma se establece que la comunicación fue enviada por la señora Adriana Delgado desde la ciudad de Pasto con destino a Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P., a la dirección Transversal 60 (Av Suba) No.114 A-55 de la ciudad de Bogotá y que la misma fue devuelta con causal de devolución " *falta nombre de la persona*".

En este orden de ideas, el envío realizado por la usuaria al operador se realizó a la dirección señalada por la empresa como dirección de notificación en la que debía interponer el recurso y presentó devolución del mismo, es decir, no fue efectivamente recibida a conformidad, esto se debió a que en la recepción de la destinataria se le informó a la empresa de correo que no se recibía porque faltaba el nombre de la persona a quien iba dirigido, según se puede apreciar de la guía de correo citada en precedencia, a pesar que la comunicación iba dirigida de manera correcta a nombre de la empresa investigada.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

La situación anterior, lo que denota es que el operador no obró de manera diligente, toda vez que al estar dirigida la comunicación a nombre de la sociedad investigada era suficiente para que la misma fuera recibida y no proceder a su devolución alegando que faltaba el nombre de la persona, siendo que se trataba de un asunto institucional y no de un asunto personal de sus funcionarios, pues claramente de la planilla de correo se establece sin lugar a equívocos que el destinatario era Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., esta circunstancia sin lugar a dudas generó dilaciones y terminó finalmente con la imposibilidad de entregar el escrito de recurso de la usuaria, cercenando el derecho de la usuaria consagrado en el artículo 72 de la Resolución 1732 de 2007.

En este orden de ideas, a diferencia de lo planteado por la investigada, este Despacho considera que los documentos obrantes a folios 4 y 7 del expediente proferidos por la empresa de correo de Servicios Postales, demuestran el hecho que la usuaria, no solo intentó sino que realmente hizo el envío del oficio de los recursos a la dirección correcta de la investigada el 10 de diciembre de 2010, dentro del término legal que contaba para interponer los recursos.

De otra parte, la investigada señala que como el sobre no tiene sello de recibido por parte de COLTEL, no se puede concluir que éste intentó radicarse, argumento del cual se aparta el Despacho, pues en el mismo sobre que contenía la correspondencia, figura como causal de devolución "**falta nombre de la persona**" a pesar que como ya se indicó en precedencia, la comunicación tenía como destinatario la sociedad investigada y resulta carente de toda lógica lo planteado por el operador pues la falta de sello se debe a su negativa de recibir el documento y no a un hecho imputable a la usuaria.

En este punto del análisis, se concluye entonces que aceptar el argumento esgrimido por el operador consistente en que no recibió el recurso a la usuaria porque faltaba el nombre de la persona a la que iba dirigido, sería pretender como lo supone la investigada, que la señora Doris Adriana Delgado Guerrero, **debía conocer el nombre del funcionario del operador encargado de recibir las reclamaciones y recursos, proceder de esta manera equivaldría a imponerle una carga a la usuaria que a todas luces resultaba absurda e improcedente y que por ningún motivo debía asumir**, con lo que se concluye entonces, que con la conducta desplegada por la investigada de no recibir el recurso remitido por la usuaria, la consecuencia final de su actuar fue la vulneración de los derechos consagrados por la normatividad vigente a favor de los usuarios y suscriptores de los servicios de telecomunicaciones.

Así las cosas, es pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 72 de la Resolución 1732 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 72. Derecho de Peticiones, quejas y recursos. Los suscriptores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a presentar peticiones, quejas y recursos (PQR) ante los operadores, en forma verbal o escrita, o mediante cualquier medio tecnológico o electrónico dispuesto por los operadores de telecomunicaciones para el efecto. Por su parte, los operadores tienen la obligación de recibir, tramitar y responder las PQR que le presenten los suscriptores o usuarios.

Los operadores deben informar a los suscriptores, en el texto del contrato, sobre su derecho a presentar PQR. Igualmente, deben informar que la presentación de PQR, no requiere de presentación personal ni intervención de abogado, aunque actué por conducto de mandatario.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición.

Cualquier conducta de los operadores de telecomunicaciones que limite el ejercicio del derecho aquí consagrado, genera la imposición de las sanciones a que haya lugar por parte de las autoridades de inspección vigilancia y control. (Negrilla fuera de texto)

A la luz de la norma transcrita en precedencia, existe una obligación general en cabeza de los proveedores de los servicios de telecomunicaciones de recibir peticiones, quejas o reclamos, empero tal deber se presenta como correlativa del derecho en cabeza de los usuarios o suscriptores a presentar este tipo de comunicaciones, el cual se ejerce de manera particular y concreta mediante la presentación de una petición sea verbal o escrita, empleando los distintos mecanismos de recepción dispuestos por el proveedor de servicios.

En relación con los criterios empleados para establecer el monto de la sanción pecuniaria impuesta y la inconformidad de la libelista en cuanto al particular, es del caso precisar que no se encuentra mérito para reducir la cuantía de la multa impuesta en la resolución recurrida, toda vez que de un análisis de las consideraciones expuestas en dicho acto administrativo se puede concluir que el al no recibirle el recurso de reposición en subsidio del de apelación los remitidos por la usuaria, así como el consecuente incumplimiento de la norma en la cual se encuentra consagrado dicho deber, esto es, el artículo 72 de la Resolución 1732 de 2007 y dada la naturaleza de la infracción, motivaron la imposición de la multa en la cuantía señalada.

En este orden de ideas, tal omisión por parte de la investigada se constituye en una conducta reprochable, toda vez que al no recibirle la petición a la usuaria, hace que a la reclamante se le niegue la posibilidad que le brinda la Ley de presentar peticiones, quejas y reclamos ante cualquier inconformidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, desconociendo la investigada el régimen de protección de derechos de los usuarios de este tipo de servicios.

De esta manera, se estimó que tal valoración se adecuaba a los fines de la disposición vulnerada, resultando proporcional a la trascendencia y repercusiones de tal omisión frente a los derechos de la quejosa o suscriptora y el trámite previsto en la regulación para la protección de los derechos de los suscriptores y/o usuarios en los servicios de telecomunicaciones

Por otro lado, frente a la inconformidad de la libelista relacionada con el incremento de la sanción pecuniaria para un mismo supuesto de hecho sancionado con un monto inferior al establecido en la resolución recurrida para otras actuaciones precedentes, es necesario señalar que la valoración particular efectuada para cada caso concreto, no limita de manera absoluta e inalterable a la administración en uno u otro sentido y, es así como, es igualmente válido efectuar una nueva valoración de la gravedad de la conducta bajo estudio, atendiendo a la afectación de los derechos de los suscriptores y usuarios, siempre y cuando dicha estimación no supere los montos previstos en las disposiciones aplicables.

Bajo esta óptica, en el acto administrativo recurrido se estableció que las razones que dieron lugar a dicha decisión, esto es, el no recibo del recurso de reposición en subsidio de apelación presentado por la señora Doris Adriana Delgado Guerrero, así como los criterios previamente mencionados, comportaban la imposición de una sanción de multa en la cuantía de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, estimación que a esta instancia de la investigación se considera igualmente ajustada, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes.

En cuanto a la falta de motivación de la sanción. La sociedad sancionada afirma que en la decisión impugnada no se motivó el monto de la sanción impuesta, ni se realizó ejercicio alguno para tasar la presunta vulneración y, así mismo, cuestiona los criterios aducidos como

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

fundamento de la sanción, en tanto los mismos no fueron precisados para el caso concreto, razón por la cual arguye que se violó el principio de igualdad y el derecho de defensa, al carecer el acto de la motivación suficiente en relación con la graduación de la sanción.

Al respecto, resulta imperioso aclarar que la imposición de la sanción pecuniaria para el caso *sub examine*, obedeció en efecto, a la naturaleza de la infracción, la gravedad de la falta y la proporcionalidad entre la falta y la sanción, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

De esta manera, para esta Superintendencia el incumplimiento de la obligación de recibir el recurso de reposición a la usuaria, es considerada en sí misma como una infracción sujeta a la imposición de una sanción pecuniaria, dada su trascendencia frente a los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Por este motivo, el cuestionamiento formulado por la recurrente no está llamado a prosperar y, en consecuencia, no existe mérito para revocar la sanción impuesta por medio del acto administrativo impugnado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 35664 del 30 de junio de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de este acto administrativo a la doctora María Carolina Galvis Rueda, en su calidad de apoderada de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., identificada con número de Nit. 830.122.566-1, o a quien haga sus veces, y a la señora Doris Adriana Delgado Guerrero, identificada con cédula de ciudadanía No. 59.832.484, en su condición de quejosa en el presente proceso, entregándoles copia del mismo, e indicándoles que contra la presente resolución no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 31 ENE/2012

El Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor


ALEJANDRO GIRALDO LÓPEZ

NOTIFICACIONES

Investigada:

Sociedad: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P
Identificación: Nit. 830.122.566-1
Apoderada: María Carolina Galvis Rueda
Dirección: Transversal 60 (Avenida Suba) No. 114 A- 55
Ciudad: Bogotá D.C.

Quejosa

Señora: Doris Adriana Delgado Guerrero
Identificación: C.C 59.832.484
Dirección: Carrera 44 No. 19 C-87 Conjunto Juanoy Norte, Bloque H
Ciudad: Pasto- Nariño.

AGL/acm