

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

STP2768-2021

Radicación n° 115067

Acta 52.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por la accionante Lorein Elizabeth Osses Méndez, contra el fallo proferido el primero de febrero de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual declaró improcedente el amparo de su derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Superintendencia Nacional de Industria y Comercio y el representante legal de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Movistar.

Se vinculó al trámite a la directora de investigaciones de protección de usuarios de servicios de comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y a los apoderados de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Movistar que han intervenido dentro del proceso bajo radicado 18-106774.

ANTECEDENTES

HECHOS, FUNDAMENTOS y PRETENSIONES

Fueron resumidos por la primera instancia de la siguiente forma:

La señora Lorein Elizabeth Osses Méndez expuso que el 10 de julio de 2019 formuló ante la Superintendencia de Industria y Comercio un silencio administrativo positivo en contra de la empresa de telefonía móvil MOVISTAR – CUN 443318100060020, registrado bajo el radicado 2019-13300; mediante la Resolución N° 950 de enero 21 del 2020 acumularon su expediente al radicado N° 2018-106774, actuación contraria a la identidad de partes, hechos y pretensiones para ser acumulables; el siguiente 13 de marzo (antes de declararse la pandemia) a través de su correo electrónico lorein.elizabeth@gmail.com formuló ante la citada Superintendencia una solicitud de “acto administrativo decisorio y acción disciplinaria por mora” en el radicado nuevo 2018-106774 – antes 2019-13300 – y en virtud de las contestaciones del 20 de febrero, 19 de agosto y 24 de septiembre pasados autorizó la notificación electrónica, sin que nunca recibiera respuesta del CUN 443318100060020 por parte de la empresa de telefonía móvil – MOVISTAR – y, por ende, se configuró el silencio administrativo positivo – Leyes 1480 y 1437 de 2011 –; mediante la Resolución N° 72800 del pasado 17 de noviembre la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó al operador Colombia Telecomunicaciones ESP S.A. Colombia Telecomunicaciones Movistar Móvil, decisión notificada ese mismo día y objeto de extemporáneo recurso porque venció el término el siguiente 2 de diciembre y se interpuso el 11 de diciembre.

Entonces, hubo una actuación grave del funcionario público de la Superintendencia de Industria y Comercio que se negó a compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura por “la presunta manipulación y el intento de engañar al Despacho, con las respuestas a los requerimientos”, a lo cual aludió el anterior 30 de noviembre cuando interpuso el recurso de reposición, pues pidió compulsar copias por “presunto fraude procesal” y expresaron que si “la usuaria considera que la sociedad investigada podría estar incurso en la presunta conducta de fraude procesal, debe presentar la correspondiente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia y, en caso de requerir copias de la actuación administrativa surtida o de alguna pieza procesal, podrá solicitarlo al Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta

Superintendencia...”.

Añadió que otro apoderado de la entidad sancionada en el recurso de reposición del 11 de diciembre de 2020 sostuvo lo mismo que su antecesora, coexistiendo así dos abogados, pese a disponer la ley que solo uno es el principal, acto constitutivo de un nuevo fraude procesal, en contravía de lo dispuesto en los artículos 73 a 77 de la Ley 1564 de 2012 y, por lo tanto, permitir esa actuación significaría premiarlos por sus malos actos; en consecuencia, solicitó ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio (i) resolver de fondo su recurso y el trámite del extemporáneamente presentado por Movistar móvil, (ii) resolver favorablemente su petición de silencio administrativo del 22 de enero de 2019, (iii) advertirle de la violación al debido proceso ante la coexistencia de dos abogados de la firma Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P de Movistar móvil, (iv) compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, por las acciones de la firma Colombia Telecomunicaciones S.A. EPS Movistar móvil y la omisión de la Superintendencia de Industria y Comercio en dicho proceso y (v) prevenir a la Superintendencia de Industria y Comercio de darle cabal cumplimiento a las sanciones a que haya lugar.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia de primero de febrero de 2021, declaró improcedente la tutela, tras estimar que dentro del proceso administrativo adelantado dentro del radicado N°13300, acumulado N° 18-106774, en la Superintendencia de Industria y Comercio, promovido por Lorein Elizabeth Osses Méndez en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP Movistar, actualmente está pendiente de resolver recursos frente a la Resolución 72800 del 17 de noviembre de 2020, en el que se impuso una sanción pecuniaria por la suma de \$251.929.461, a la empresa mencionada.

Luego, sobre la procedencia del medio de impugnación promovido por la actora, habrá de pronunciarse la autoridad competente.

A su vez, indicó la Colegiatura que tampoco se vislumbra una situación morosa en la implementación y trámite del asunto en mención, pues, según lo consagrado en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 las autoridades administrativas tienen un plazo de hasta 3 años para emitir la decisión y notificarla, y que, recibieron 53.434 trámites en el 2020 y el tiempo de duración de la actuación surtida es de apenas 1 año y 10 meses, lo cual estuvo acorde con el número de trámites gestionados, más de 61.000 en todo el año, estando pendiente exclusivamente la resolución de los recursos interpuestos.

Resaltó que en atención al canon 84 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establece que sólo en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva y los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso; a su turno, el artículo 86 ibídem dispone que, salvo lo dispuesto en el artículo 52 de la misma obra, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. Por lo tanto, no puede aplicarse la sanción del silencio positivo, en la actuación que se adelanta.

A su vez, manifestó que, al margen de lo anterior, al cobrar ejecutoria el cuestionado acto administrativo, procede su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Finalmente, añadió que de estimarlo conveniente, la demandante puede directamente puede instaurar la denuncia penal y la queja disciplinaria correspondiente ante las presuntas irregularidades alegadas.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por la accionante quien reprodujo los mismos argumentos que nutrieron el libelo inicial y enfatizó en que lo más grave de la situación planteada es que por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio no se hubiera compulsado copias penales y disciplinarias, ante las gravísimas irregularidades presentadas al interior del trámite administrativo objeto de discusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre el recurso interpuesto, en tanto lo es en relación con la sentencia adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

En el asunto bajo estudio, el problema jurídico se contrae a resolver la impugnación presentada por la accionante Lorein Elizabeth Osses Méndez, contra el fallo proferido el primero de febrero de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual declaró improcedente el amparo de su derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Superintendencia Nacional de Industria y Comercio y el representante legal de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Movistar.

A juicio de la parte actora, se ha configurado una demora injustificada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al resolver la solicitud de silencio administrativo positivo presentada el 21 de enero de 2019, al igual que la omisión en compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura de las acciones de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Movistar, dentro del proceso administrativo adelantado dentro del radicado N°13300, acumulado N° 18-106774.

Sobre el particular se anticipa desde ya que habrá de ratificarse el fallo de primer grado, por ausencia del requisito de subsidiariedad de la tutela.

Lo anterior es así, pues recuérdese que el mecanismo de amparo fue consagrado como un procedimiento preferente y sumario, destinado a la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o un particular y siempre que no exista otro medio de defensa o se esté ante un perjuicio irremediable, evento último en el cual procede como mecanismo transitorio.

No tiene carácter alternativo, es inviable cuando el interesado dispone de otros recursos, pues no fue concebido para sustituir a los jueces ordinarios, ni como un elemento supletorio de las normas procesales.

Mientras el proceso se encuentre en curso, es decir, si la actuación del juez ordinario no ha culminado, el afectado tendrá la posibilidad de reclamar, al interior del trámite, el respeto de las garantías constitucionales, sin que sea admisible acudir para tal fin a la tutela.

De cara al sub iudice, de la información obrante al interior del expediente, se verifica que el proceso administrativo adelantado dentro del radicado N°13300, acumulado N° 18-106774, promovido por Lorein Elizabeth Osses Méndez en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP Movistar, se constituye en el escenario latente y propicio que tiene la implicada para ejercer sus derechos, pues allí cuentan con alternativas de defensa judicial para la salvaguarda de sus intereses.

Concretamente, dicho asunto actualmente está pendiente de resolver recursos en contra de la Resolución 72800 del 17 de noviembre de 2020, en el que se impuso una sanción pecuniaria por la suma de \$251.929.461, a la empresa mencionada, lo que significa que la controversia aún se encuentra sometida a la evaluación de la autoridad competente. Así, la extemporaneidad de los recursos de la empresa sancionada, será tema de discusión al interior del trámite que se surte actualmente por la autoridad supervisora.

En suma, al estar aún en trámite la actuación, no es posible solicitar la protección

constitucional, ya que ello atenta contra los principios de residualidad y subsidiariedad que caracterizan este instrumento, según los cuales «esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial» (artículo 86 Constitucional), precepto que es reafirmado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, al decir que «la acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales».

Con todo, tampoco podría aseverarse que se configuró una situación extraordinaria que amerite la intervención del juez de tutela, pues la hipotética situación morosa de parte de la entidad demandada, o la configuración de un silencio administrativo positivo, en los términos que lo entiende la actora, no tienen cabida en la situación objeto de análisis, en primer lugar porque la autoridad tutelada explicó la congestión que ha llevado a ralentizar la respuesta a los distintos trámites promovidos por la ciudadanía, cuando informaron que recibieron 53.434 trámites en el 2020, pero que, con todo, en caso de la actora ya cuenta con resolución sancionatoria.

Además, a partir del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 las autoridades administrativas tienen un plazo de hasta 3 años para emitir la decisión y notificarla y, los recursos pueden decidirse en un lapso de 1 año, tiempo que no ha transcurrido, si en cuenta se tiene que la determinación censurada data del 17 de noviembre del año pasado. En la referida norma se indica:

Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se

entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver

En esos términos, la situación de extrema urgencia que invoca la actora no tiene tales características y, en ese orden, la presunta mora no se actualiza desde los preceptos destacadas, siendo necesario mantener el curso del proceso como la alternativa judicial idónea para dilucidar el asunto.

Finalmente, de cara a las irregularidades al interior del procedimiento administrativo que, a juicio de la actora, tienen connotación penal y disciplinaria, conviene reiterarle que puede hacer uso directamente de la respectiva denuncia o queja ante las autoridades competentes, sin que sea necesario que medie una compulsa de copias por parte de la superintendencia accionada.

Por las razones antes señaladas, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria