

Bogotá, 30-03-2021

Señora:
Angela María Dussan Sánchez
Gerente
Emcargos Express S.A.S
Carrera 35 No. 10 A - 85
Bogotá D.C

Al contestar citar en el asunto



Radicado No.: **20218000182281**

Fecha: 30-03-2021

Asunto: Archivo de Procedimiento Sancionatorio Verbal Sumario empresa Emcargos Express S.A.S

Respetada Señora Angela:

Conforme al asunto del presente oficio, esta Delegatura en uso de sus facultades legales, procederá a analizar y pronunciarse de la actuación administrativa iniciada mediante oficio de salida No. 20188300965921 en contra de la empresa Emcargos Express S.A.S con Nit 800.097.554-7., conforme a las siguientes,

I. Consideraciones

1.1 De la competencia de la Superintendencia de Transporte

La Superintendencia Delegada de Tránsito y Transporte Terrestre, es competente para adelantar el presente procedimiento de conformidad a las facultades legales, en especial las que confiere el Decreto 101 de 2000, el Decreto 1016 de 2000, modificado por el Decreto 2741 de 2001, modificados por Decreto 2409 de 2018¹; Ley 105 de 1993, Decreto 410 de 1971 Código de Comercio, modificado por el libro II de la Ley 222 de 1995, la Ley 1762 de 2015, así como de los fallos de definición de competencias administrativas proferidos por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, entre la Superintendencia de Puertos y Transporte y las Superintendencias de Sociedades y de Economía Solidaria².

Así mismo, de conformidad con la Resolución No. 23601 del 23 de junio de 2016: "*Por la cual se establecen los parámetros de presentación de la información de carácter subjetivo que las entidades sujetas de supervisión deben enviar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, correspondiente al año 2015*"; Resolución No. 33368 del 22 de julio de 2016: "*Por medio de la cual se modifica la Resolución 23601 del 23 de junio de 2016*"; Resolución No. 27581 del 22 de junio de 2017: "*Por la cual se establecen los parámetros de presentación de la información de carácter subjetivo que las entidades supervisadas por la Superintendencia de Puertos y Transporte pertenecientes de Puertos y*

¹ Artículo 27. *Transitorio*. Las investigaciones que hayan iniciado en vigencia del Decreto 1016 de 2000, los artículos 41, 43, y 44 del Decreto 101 de 2002, los artículos 3, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Decreto 2741 de 2001 y los artículos 10 y 11 del Decreto 1479 de 2014, así como lo recursos de reposición y apelación interpuestos o por interponer como consecuencia de las citadas investigaciones continuarán rigiéndose y culminarán de conformidad con el procedimiento con el cual se iniciaron.

² Sentencias C-746 de fecha septiembre 25 de 2001 C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla, y Radicado 11001-03-15-000-2001-02-13-01 de fecha 5 de marzo de 2002 C. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro

Transporte, correspondiente a la vigencia fiscal 2016”, y la Resolución No. 35748 del 02 de agosto de 2017: “Por la cual se determinan nuevos plazos para el reporte de información financiera para las entidades clasificadas en el grupo 1,2 y 3.”

1.2. Del reporte de información financiera vigencia fiscales 2015 y 2016

De acuerdo a lo expuesto, esta Superintendencia procedió a verificar el cumplimiento de las Resoluciones Nos. 23601 de 2016 y 27581 de 2017, evidenciando mediante acta de visita virtual sobre las plataformas de fecha 22 de agosto del 2018, que la empresa Emcargos Express S.A.S no suministró la información financiera correspondiente a las vigencias fiscales 2015 y 2016.

1.3. Del inicio del Proceso sancionatorio verbal

Conforme al acta en comento, a través de oficio Salida No. 20188300965921 de 04 de septiembre de 2018 se citó audiencia a celebrarse el día 24 de septiembre de 2018, en la cual se dejó constancia del objeto de la audiencia, y se previno a la sociedad acerca de la necesidad de llevar la totalidad de pruebas que pretendiera hacer valer. No obstante la anterior citación fue devuelta con causal “no existe número”.

1.4. Del debido proceso

En virtud de lo expuesto en líneas precedentes, es deber de las autoridades de inspección, vigilancia y control, velar por el cumplimiento de la normatividad vigente, así como del debido proceso que deben tener los procesos administrativos adelantados por la administración.

En este caso, el debido proceso “*se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” conforme lo señala el artículo 29 de la Constitución Política, por ello, el procedimiento sancionatorio es expedido y tratado con base a los rituales procesales para garantizar la protección de este derecho fundamental³, tales como: el principio de legalidad, de tipicidad, de defensa, de favorabilidad en la sanción, de presentar pruebas y de publicidad; además de las garantías⁴ previas y posteriores que ha fijado la Corte Constitucional en su amplia jurisprudencia.

Es así, que, el debido proceso se configura como una manifestación del principio de legalidad, lo que permite impartir certeza tanto a la administración como a los administrados que por un lado las actuaciones surtidas conforme a estos dos principios quedarán revestidas bajo el núcleo esencial del debido proceso y así por otra parte frente a los administrados con la seguridad de que ante un eventual proceso el mismo deberá regirse de acuerdo al procedimiento preestablecido conforme a la Ley, lo cual ante el incumplimiento del mismo se estará vulnerando su garantía al debido proceso.

De esta manera, resulta inescindible que la administración en procura del cumplimiento de dichas garantías guarde estrictamente respeto de las etapas procesales que deberán desarrollarse dentro de todo proceso administrativo, afines de garantizar seguridad del debido proceso, del derecho a la defensa y contradicción de los administrados, para lo cual no podrá salirse del margen preestablecido a su arbitrio, so pena de causar una violación de las garantías procesales.

³ Sentencia del Consejo de Estado de Radicación No: 68001-23-33-000-2014-00413-01 (AC). Consejero Ponente. Guillermo Vargas Ayala.

⁴ Sentencia C-034/14. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional de Colombia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como:⁵

“(…) El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas. La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezcan de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela. (…)”

De esta forma, no puede obviarse lo expresamente consignado por la Ley, quien en cada caso regula los procedimientos que deben agotarse, los respectivos términos que deben impartirse e incluso los recursos procedentes en contra de las distintas decisiones proferidas dentro del curso o desarrollo de estos.

1.5. Del caso en concreto

En este sentido y frente al caso en concreto, se advierte que los procesos administrativos verbales iniciados por esta Superintendencia deben sujetarse a lo previsto por la Ley 1762 del 2015, la cual en su artículo 29 desarrolla el respectivo trámite del proceso mencionado anteriormente, situación que en principio se evidencia que no se cumplió.

De conformidad con el artículo 29 de la Ley 1762 del 2015, y de acuerdo con las actuaciones presentadas dentro del presente proceso, este Despacho evidencia que las anteriores, no fueron desarrolladas respetando las garantías del debido proceso, puesto que al respecto se evidencia una inobservancia en el cumplimiento de los numerales 1 y 2 del artículo 29 que disponen:

“1. Se realizará una visita de verificación de la violación, bien sea de oficio o a petición de cualquier persona, (...), dejará constancia de la misma mediante acta. 2. En el evento en que de la visita resulte que la sociedad o persona ha incurrido en la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio o ejerza el comercio, profesión u oficio a pesar de estar inhabilitado, o no se suministre la información que solicite la autoridad para verificar los hechos, se procederá en el mismo sitio de la inspección a citar al representante legal de la sociedad o a la persona natural a una audiencia a celebrarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la visita. En la citación se dejará constancia del objeto de la audiencia, y se prevendrá a la sociedad o a la persona natural según corresponda, acerca de la necesidad de llevar la totalidad de pruebas que pretenda hacer valer”. (...)

En este punto es de anotar que la Oficina Asesora Jurídica al realizar una interpretación del articulado citado anteriormente, manifestó que, el numeral 1 del artículo 29 de la Ley 1762 de 2015, señala de manera expresa “se realizará una visita de verificación de la violación”, pero revisado el expediente se tiene que no se realizó ninguna visita administrativa *in situ* que tuviera como objeto verificar presuntas violaciones.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-599 del 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretrelt

Bajo esta interpretación, se exige la realización de la visita en la sede de una empresa, y no admitiría una supervisión extra situ; teniendo en cuenta (i) que el objetivo es verificar los libros y papeles del comerciante, (ii) que la citación al representante se hace en el mismo sitio de la visita, lo cual es imposible de cumplir si la visita se hace -por ejemplo- desde las oficinas de la Superintendencia, y (iii) que conceptualmente las visitas son in situ, no extra situ.⁶

Esa visita *in situ* por parte del ente de inspección, vigilancia y control resulta ser un requisito *sine qua non* para adelantar la investigación sancionatoria dentro del margen del proceso denominado “*procedimiento verbal de carácter sumario*” previsto en la Ley 1762 de 2015. Al punto, resulta pertinente hacer referencia al artículo 13 del Código General del Proceso en el que se establece que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, con la advertencia de que no podrán ser modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.⁷

“Al pretermitir la visita in situ, hay un vicio que a estas alturas es insubsanable.”⁸

Así mismo, en el numeral 2 del artículo 29 que “*se procederá en el mismo sitio de la inspección a citar al representante legal de la sociedad a una audiencia*”. “*En esa medida, la citación no se dio en el marco de la visita como lo exige la norma, por ende, se vulneró la plenitud de las formas del proceso y el derecho al debido proceso del administrado.*”⁹

1.6. Decisión

Por lo anterior, este Despacho acoge la interpretación dada por la Oficina Asesora Jurídica de la Entidad del artículo 29 de la Ley 1762 de 2015 y procede a la terminación y archivo del procedimiento sancionatorio verbal sumario iniciado mediante oficio No. 20188300965921 en contra de la empresa Emcargos Express S.A.S con Nit 800.097.554-7.

1.7. Recursos

⁶ Por ejemplo, en el sector financiero la Superintendencia Financiera de Colombia ha explicado que la función de supervisión incorpora la supervisión in situ y la extra situ. Por supervisión extra situ se entiende: “... el seguimiento permanente de la solidez y el desempeño de una entidad vigilada, a partir, principalmente, del análisis de los estados financieros y reportes de tipo prudencial que las entidades remiten en forma periódica. Usualmente se designa como supervisión de escritorio (...).” Y la supervisión in situ es “[e]l ejercicio de análisis de información sobre una entidad vigilada, que se realiza mediante la presencia física de uno o más funcionarios en la sede de una entidad vigilada o no vigilada, con el objetivo de obtener un conocimiento integral de la situación financiera, del manejo de sus recursos o de aspectos especiales que se requieran. Usualmente se le designa como inspección”. Finalmente, una visita se entiende como “el ejercicio de inspección que se realiza de manera física de uno o más funcionarios en la sede de una entidad vigilada o no vigilada (...).” Superintendencia Bancaria de Colombia. Documento de Metodología de inspección. 2005.

⁷ Cfr. Artículo 13 Ley 1564 de 2012.

⁸ Resolución 2070 de 2021 de la Superintendencia de Transporte.

⁹ Ibidem

Contra la presente decisión procede el Recurso de Reposición ante la Superintendente Delegada de Tránsito y Transporte Terrestre y subsidiariamente el Recurso de Apelación ante el Superintendente de Transporte, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Adriana Margarita Urbina Pinedo

Superintendente Delegada de Tránsito y Transporte Terrestre

Proyectó: Angie Jiménez

Revisó: Valentina Rubiano Rodríguez