



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 29191 DE 2004
(29 NOV. 2004)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que contra la decisión contenida en la resolución 21819 de 2004, el doctor Orlando Ulloa Toscazo, actuando como apoderado de Industria Colombiana de Artefactos S.A.-ICASA- y de Mario Verástegui Noguera,¹ así como el doctor Hugo Mauricio Velandía Castro, actuando como apoderado de Industrias Haceb S.A.,² interpusieron sendos recursos de reposición.

SEGUNDO. Que los recursos a que se refiere el considerando anterior, están sustentados en los siguientes términos:

- **El apoderado de ICASA y de su representante legal manifiesta:**

Luego de realizar un recuento de los "Hechos" que enmarcaron la actuación adelantada, el apoderado pone de presente las siguientes "Consideraciones":

"(...)".

"Esa Superintendencia no tuvo en cuenta lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, que expresamente consagra 'estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.', pues quedó claramente demostrado con las pruebas que obran en el expediente de la investigación, que tanto ICASA como INDUSTRIA HACEB S.A., con la venta de algunas marcas por parte de FIDUCIARIA OCCIDENTE S.A. a esta última, no querían adoptar, ni desde el punto de vista jurídico y menos económico, ninguna de las figuras consagradas en esta norma, como son, la fusión, consolidación o integración.

"Es claro que el legislador lo que quiso con esta norma, es que se le de información previa a la autoridad competente, de aquellas operaciones que van a configurar una cualquiera de estas formas que taxativamente consagra esta disposición, pero no otra u otras que allí no estén contempladas.

"La simple venta y transferencia de unas marcas, que aunque éstas tengan algún grado de recordación en el mercado, bajo ningún punto de vista, significa que esta sea una

¹ Ver oficio radicado bajo el número 03016959-10018 de fecha 16 de septiembre de 2004. Obrante a folios 611 a 615 del expediente.

² Ver oficio radicado bajo el número 03016959-10021 de fecha 29 de septiembre de 2004. Obrante a folios 616 a 627 del expediente.

integración entre sí, pues para que se de se requiere necesariamente que exista, en el caso de una integración vertical, una cadena en el aparato productivo para lograr eficiencias y reducción de costos, y en el caso de una integración horizontal, que las empresas que participen deben actuar conjuntamente, bien sea en producción, distribución, comercialización, etc. por un mínimo de tiempo, además de continuar cada una con su actividad empresarial normalmente.

"Como es de conocimiento de ese Despacho, INDUSTRIAS HACEB S.A. continuo desarrollando su objeto social, pero ICASA dejó de producir y comercializar sus productos para el momento de la venta de las marcas. La verdadera finalidad de ICASA, en concordato, fue la de obtener liquidez para atender parte de su pasivo concordatario. Igualmente es claro que con esta operación tampoco se dio una fusión, en los términos de la legislación comercial vigente, o una consolidación, la cual para que se de, se deben unir dos o más empresas a través de una alianza o convenio para producir, distribuir, comercializar, etc., con el fin de fortalecerse cada una de las empresas participantes.

"Creo señor Superintendente que no obstante el citado artículo 4 indique que 'sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración', no puede entenderse como lo hace ese Despacho, que no importa la vía sino el resultado, pues no hay que olvidar que para que se esté dentro de los presupuestos de esta norma, necesariamente se debe llegar a las situaciones expresamente consagradas en ésta, como son la fusión, consolidación o integración entre sí, que como ya se explicó y se demostró a lo largo de esta investigación, no se dieron con la operación surtida entre ICASA e Industrias Haceb S.A..

Peticiones

Que sea revocada en todas sus partes la Resolución Número 21819 del 1 de Septiembre de 2004 proferida por esa Superintendencia, a través de la cual se declara que la conducta de Industria Colombiana de Artefactos S.A. ICASA, objeto de investigación, es ilegal por contravenir lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, se declara la responsabilidad de Mario Verástegui Noguera, representante legal de la citada sociedad, por contravenir lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 e impone sanciones pecuniarias por la suma de \$ 15.000.000.00 y \$ 5.000.000.00.

◦ El apoderado de HACEB manifiesta:

Tras citar la norma que se endilga violentada, establece:

"Son cuatro los argumentos del recurso:

- Aplicación del artículo 163 de la Decisión 486 de 2000*
- Aplicación del artículo 29 del C.C.A.*
- Vicios de procedimiento*
- Falta de configuración de la hipótesis legal contenida en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.*

"Cada unos de estos argumentos serán tratados en el orden que fueron expuestos, no sin antes expresar la extrañeza que produce que el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio no se hubiese pronunciado en su decisión acerca de la aplicación del artículo 163 de la Decisión 486 de 2000 alegado por HACEB en su defensa, ni atendiendo las peticiones de la defensa, ni resolviendo todas las cuestiones planteadas.

"Sobre este punto específico, reclamamos un pronunciamiento, el cual será nuevo, siendo por ello procedente la contradicción del mismo.

3.1 Aplicación del Artículo 163 de la Decisión 486

"La Superintendencia de Industria y Comercio no observó el contenido del artículo 163 de la Decisión 486, concordante con el artículo 29 del C.C.A., haciendo caer en error al administrado, quien confió legítimamente en el Estado."

"De acuerdo con el art. 163 de la Decisión 486 de 2000 la Autoridad Nacional competente no registrará los contratos de transferencia de registro de marcas '(...) que no se ajuste a las disposiciones del régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes y regalías o a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia' (Cursivas por fuera del texto original)"

"La hipótesis legal planteada dentro de la norma es clara ³. La Administración no debe registrar la transferencia de marcas a través de las cuales se incumplan disposiciones de prácticas comerciales restrictivas."

"Observando los hechos que investigó la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra lo siguiente:

- *25 de febrero de 2003 la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó a la empresa HACEB información sobre la operación de transferencia de la marca ICASA, tomando como base información publicada en los medios de prensa.*
- *El 11 de marzo de 2003 la empresa HACEB contesta el requerimiento explicando la adquisición de la marca ICASA, negocio condicionado a la autorización de la transferencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.*
- *El 13 de marzo de 2003 la Superintendencia de Industria y Comercio decide inscribir la transferencia de la marca ICASA a HACEB S.A. Para ese momento, en cumplimiento del art. 163 de la Decisión 486 de 2000, la Administración analizó la procedencia del registro, es decir que no se incumplía ninguna disposición de prácticas comerciales restrictivas, y autorizó el registro.*
- *El 25 de abril, posterior al registro de la transferencia de la marca ICASA, donde, se repite, bajo la norma positiva contenida en el art. 163 de la decisión 486 de 2000 procede el registro en la medida que no se incumpla ninguna norma de prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de Industria y Comercio abre una investigación en contra de HACEB con ocasión de la transferencia de la marca ICASA."*

"El proceder de la administración al abrir una investigación no se ajustó a lo dispuesto por el artículo 163 de la Decisión 486 de 2000, (norma reglada y no discrecional). Pues el registro de transferencia de marca autorizado el 13 de marzo de 2003 por la Superintendencia de Industria y Comercio contiene por ley un estudio sobre el cumplimiento de las norma de prácticas comerciales restrictivas, máxime si se tiene en cuenta que la misma Superintendencia había requerido el 25 de febrero de 2003 información acerca de la operación, no desconociendo la situación."

"Bajo tales parámetros, la Administración, conocedora de la operación (25 de febrero de 2003), decidió autorizar el registro de la transferencia de la marca ICASA (13 de marzo de 2003), y en su decisión, de conformidad con el artículo comentado, analizó que esta procedía por no incumplir con las normas de prácticas comerciales restrictivas."

³ Artículo 27 del Código Civil "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)"

"Con la decisión que se recurre con este escrito, la Superintendencia de Industria y Comercio decide sancionar por prácticas comerciales restrictivas a HACEB. Sin embargo, el 13 de marzo de 2003 esa misma autoridad decidió autorizar el registro de la marca ICASA a nombre de HACEB, siendo imperativo para ese momento para ella, de acuerdo con el art. 163 de la Decisión 486 de 2000, no tomar nota del registro comentado si se incumplía alguna norma de prácticas comerciales restrictivas. A lo anterior debe sumársele un hecho importante, y es la Superintendencia en fecha anterior a la autorización del registro (febrero de 2003) había solicitado a HACEB información acerca del cumplimiento del artículo 4 de la ley 155 de 1959 con ocasión de la transferencia de la marca, por tanto conocía de la presunta infracción por practicas comerciales restrictivas en un tiempo anterior (febrero de 2003) a la autorización del registro (13 de marzo de 2003).

"La situación planteada, por el contrario de representar un incumplimiento de una norma de prácticas comerciales restrictivas por parte del Administrado, evidencia un derecho adquirido para la operación adelantada por HACEB, pues la administración, conociendo con anterioridad los hechos y su posible infracción, decidió autorizar el registro, lo que implica, en la voz del art. 163 de la decisión 486 de 2000, que la transferencia de la marca cumplió con las disposición sobre prácticas comerciales restrictivas.

"Si la administración, conociendo de la presunta infracción, ya que había requerido información a efecto de determinar el cumplimiento del artículo 4 de la ley 155 de 1959, tenía dudas acerca del cumplimiento de las disposiciones de prácticas comerciales restrictivas, debió haber suspendido el registro de la transferencia de la marca ICASA hasta tanto no determinará el cumplimiento de las normas de prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, su actuar fue otro, como lo fue autorizar el registro, eliminando la posibilidad de investigar que con la transferencia de la marca se hubiera incumplido el régimen de prácticas comerciales restrictivas, a no ser que se hubiera mediante maniobras fraudulentas haber hecho caer en error a la administración, situación que acá no ocurrió.

"En conclusión, la Superintendencia de Industria y Comercio, antes de autorizar el registro de transferencia de la marca ICASA, requirió, conoció de la operación y de su posible infracción al artículo 4 de la ley 155 de 1959. Con conocimiento de ese hecho decidió autorizar el registro de la operación, el cual por ley es solo procedente cuando con la transferencia de marca no se incumple ninguna disposición de prácticas comerciales restrictivas. En tal sentido, con la decisión del registro de la transferencia se creó un derecho cuyo fuente es el mismo art. 163 de la decisión 486 de 2000, que no puede ser desconocido. Por tanto, no le es posible a la Superintendencia de Industria y Comercio declarar el incumplimiento al régimen de prácticas comerciales restrictivas con ocasión de la transferencia de la marca ICASA, pues fue esa misma autoridad la que adelantó el estudio de procedencia del registro, siendo que por ley el registro solo procede cuando con la transferencia no se incumplan normas del régimen de prácticas comerciales restrictivas. La autorización del registro de la transferencia de marca es un acto administrativo que al tenor del art. 163 de la Decisión 486 de 2000 no puede ser desconocido por la Entidad que tenía cargas en su cumplimiento y la vez Autoridad creadora de derechos para HACEB.

"Los funcionarios son responsables por acción y por omisión del cumplimiento de las normas. El acto recurrido es una clara omisión de los funcionarios al contenido del art. 163 de la decisión 486 de 2000.

"3.2 Aplicación del artículo 29 del C.C.A.

"La autorización del registro de la transferencia de la marca ICASA y la investigación por prácticas comerciales restrictivas a HACEB, ambos actos administrativos expedidos por la

Superintendencia de Industria y Comercio, son actos contradictorios, que deben tramitarse por la cuerda del artículo 29 del C.C.A.

"(...).

"La situación que se plantea a continuación encuadra dentro de la hipótesis planteada por la norma.

- La investigación por incumplimiento de las normas de competencia con ocasión de la transferencia de la marca ICASA y el registro de la transferencia de esa misma marca, son actuaciones que tienen el mismo efecto, ya que de acuerdo con el artículo 163 de la decisión 486 de 2000, se pretende que la transferencia de la marca cumpla con las disposiciones relativas a prácticas comerciales restrictivas.*
- La investigación por incumplimiento de las normas de competencia con ocasión de la transferencia de la marca ICASA y el registro de la transferencia de esa misma marca, son actuaciones que guardan relación íntima, ya que de acuerdo con el artículo 163 de la decisión 486 de 2000, solo se puede registrar la transferencia de la marca cuando con la misma no se incumplan normas de prácticas comerciales restrictivas."*

"El caso que nos ocupa es un ejemplo claro de decisión contradictoria. Por una parte se autoriza la transferencia de una marca, que por ley procede en la medida que no se incumpla el régimen de competencia, pero después, la misma Entidad investiga por prácticas comerciales restrictivas a las empresas que adelantaron la transferencia.

"Bajo los hechos que rodearon esta situación, está probado dentro del expediente que la Superintendencia de Industria y Comercio requirió en febrero de 2003 a las empresas HACEB e ICASA para que informaran el cumplimiento del artículo 4 de la ley 155 de 1959. El 11 de marzo de 2003 HACEB dio respuesta al requerimiento. El 13 de febrero de 2003 la Superintendencia decide ordenar el registro de la transferencia de la marca, sujeta a lo ordenado por el artículo 163 de la Decisión 486 de 2000 en cuanto a la procedencia del mismo. El 25 de abril de 2003 decide abrir investigación por incumplimiento a las disposiciones de prácticas comerciales restrictivas.

"Es clara la contradicción que se presenta con este punto. Pues por un lado (i) autoriza el registro, que, se repite, procede si se cumplen con las normas de competencia, y por otro lado (ii) investiga el incumplimiento de las normas de competencia, lo que significa la improcedencia del registro.

"Si la Superintendencia de Industria y Comercio tenía dudas sobre el cumplimiento de las normas de competencia con ocasión de la transferencia de marca, debió acumular en los términos del artículo 29 del C.C.A. y suspender el registro de la transferencia hasta tanto fuera procedente el mismo de acuerdo con el artículo 163 de decisión 486 de 2000, es decir, que con la transferencia se cumpliera con las disposiciones de competencia.

"La decisión del registro de marca, que solo procede cuando no se incumplan normas de competencia (13 de marzo de 2003), y el requerimiento sobre el cumplimiento de las normas de competencia efectuado en febrero de 2003, fueron decididos por ley (art 163 de la decisión 486 de 2000) en un mismo acto, por tener un mismo efecto.

"La decisión contradictoria de la administración se evidencia con lo narrado. En derecho los trámites fueron acumulados y decididos para un mismo efecto, siguiendo lo preceptuado en el artículo 163 de la decisión 486 de 2000, concordante con el artículo 29 del C.C.A, creándose un derecho que no puede ser desconocido por la administración, pues se trata de normas regladas y no discrecionales.

"3.3 Vicios de procedimiento

"Dentro de la actuación fueron alegados dos vicios de procedimiento que aún persisten.

"a) Citación del consejo asesor

"De conformidad con el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, el Consejo Asesor está integrado por cinco (5) Miembros. En el mismo sentido se determina que el Superintendente de Industria y Comercio está en la obligación de oírlo en los eventos donde se pretenda sancionar por incumplimientos a las normas de competencia.

"En este asunto Superintendencia de Industria y Comercio solo citó a cuatro (4) miembros, no cinco (5). En tal sentido, se presenta un vicio de forma, que de acuerdo con el artículo 3 del C.C.A. debe ser saneado.

"Existe consejo asesor con cinco (5) miembros y no con (4). El quinto miembro y su opinión, así como la asistencia de todos los miembros, es un derecho legal adquirido de los investigados, otorgado en la ley, y que no está al arbitrio de la administración.

"b) Publicidad de la apertura de investigación

"Revisando el expediente se encuentra un escrito de un ciudadano que solicita la publicidad de la apertura de investigación a fin de evaluar si cuenta con las características de ser un tercero directamente interesado y hacer valer sus derechos.

"Alega que se trata de una actuación que se inicia en interés general y que tiene efecto erga omnes. Así mismo indica que ha revisado el diario oficial, el boletín del Ministerio de Desarrollo Económico y otros más, y no encuentra que el trámite hubiese sido publicado para que la comunidad evalúe su participación, interés en el asunto y puedan resultar vinculados, y solicita que se declare la nulidad de lo actuado y se ordene la publicación, para que los terceros que se sientan interesados tengan derecho de conocer y participar en un asunto que los vincula.

"En las investigaciones de prácticas comerciales restrictivas el Estado actúa en virtud del interés público. Basta observar el artículo 333 de la Constitución Política para afirmar que la competencia es un derecho de todos y del bien común.

"En virtud de lo anterior se inician investigaciones de oficio, donde el estado viene a proteger la colectividad (bien común). Bajo esta perspectiva, dentro de esa colectividad como mínimo se encuentran: los clientes, los competidores y distribuidores.

"Una decisión de la Superintendencia, en donde determine que no se requería autorización de la operación entre HACEB e ICASA, vincula como mínimo a estas personas, pero nunca fueron citadas al proceso.

"Con este ejemplo, se evidencia el vicio de procedimiento que se presenta, pues dentro de las probabilidades del caso, está que la SIC defina que no se requiera permiso, y si así lo falla, terceros pueden solicitar la nulidad, pues a ellos nunca les fue comunicado este asunto, y tal sentido, no cabe duda que se les estaría vulnerando sus derechos a oponerse a la operación.

"Si dentro del caso la SIC encuentra que si requería autorización, los terceros (CLIENTES, DISTRIBUIDORES Y COMPETIDORES) no verían vulnerados sus derechos. Pero es claro que la publicación no depende que en un caso la administración decida positiva o negativamente en contra del investigado, sino del deber de comunicar una

actuación, independientemente que sea un fallo positivo o negativo sobre un asunto.

"En conclusión, existe un vicio de forma en la forma de citación al consejo asesor, y en la falta de publicación en las resoluciones de la Superintendencia, donde el efecto de las mismas es erga omnes.

"3.4 Inadecuada tipificación del artículo 4 de la ley 155 de 1959

"Dice la Superintendencia que existen tres parámetros que se deben cumplir para que se afirme que existe una integración económica: subjetivo, objetivo y temporal. Y para el caso en comento adelanta un análisis que no guarda una técnica económica y jurídica de causa-efecto.

"Afirma la Superintendencia que el parámetro subjetivo se presenta en la medida que las empresas compiten dentro del mercado de insumos, repuestos y mantenimiento, reconociendo a la vez, que no compiten en el mercado de producción (productos terminados).

"Sin embargo omite la Superintendencia un asunto especial, y es que los repuestos, insumos y mantenimiento no están marcados con la expresión ICASA, y que lo que efectivamente sucede en el mercado es que se marca con la expresión ICASA son los productos terminados. Los títulos habilitantes no implican participación efectiva, solo un derecho en caso que la empresa quiera prestar el servicio, para este caso solo se marcan los productos terminados.

"Carece de acervo que le permita concluir algo diferente a lo afirmado.

"Después, afirma la Superintendencia que, el elemento objetivo se cumple con la venta de la marca ICASA a HACEB. Sin embargo, este elemento no guarda relación con el elemento subjetivo, pues los segmentos donde supuestamente compiten HACEB e ICASA indicados por la Superintendencia en el elemento objetivo no están marcados con la expresión ICASA. Entonces el negocio (objetivo) de la venta de marca no guarda relación con el mercado donde supuestamente compiten (subjetivo).

"La marca solo se usaba en producto terminado, pero para la época de los hechos las empresas no competían en el mercado donde usaban la marca, pues habían dejado de producir de tiempo atrás, tal como lo reconoce la Superintendencia.

"La Superintendencia comete una impresión (sic) al querer vincular la venta de la marca a un mercado donde no se usaba la marca. No existe prueba en el expediente donde se pruebe que la marca era usada en el mercado de repuestos o mantenimiento.

"En tal sentido la tipificación de la norma adelantada por la Superintendencia no guarda relación de causa-efecto, siendo supuestos que no concuerdan en la configuración de los parámetros, ya que se trata de una operación que no tiene incidencia en el mercado relevante donde se alega que compiten las empresas."

Con fundamento en lo anterior, solicita "...se revoque la revoque la resolución 21819 de 2004, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y en su lugar se le reconozca el derecho adquirido a HACEB, con ocasión de la autorización de la transferencia de la marca, en los términos a que hace referencia el artículo 163 de la Decisión 486 de 2000".

TERCERO: Que a través de los escritos radicados bajo números 03016959-10015 y 03016959-10017, del seis (6) y ocho (8) de septiembre de 2004, respectivamente, el apoderado de HACEB S.A. formuló las siguientes peticiones:

▫ **Escrito del 6 de septiembre de 2004**

"La Superintendencia de Industria y Comercio inició una investigación de oficio contra las empresas HACEB e ICASA por presuntas infracciones al régimen de prácticas comerciales restrictivas, particularmente por no dar aviso de una presunta integración de empresas producto de una transferencia de signos distintivos.

"Dentro de esta investigación se notificó a las empresas investigadas y se adelantó la etapa de pruebas.

"En los últimos días, un ciudadano, cumplimiento con su deber, solicitó dentro del proceso de la referencia la publicación de la resolución de apertura a fin que la colectividad se enterara y pudiera estudiar la posibilidad de participar como tercero. En esa solicitud argumentó que la decisión de la superintendencia en un caso de libre competencia se adelanta en interés general, siendo un asunto erga omnes, y por ende, concluye, se trataría de una decisión vinculante para todos, sin haberles sido avisada.

"En la solicitud referida el ciudadano solicita la nulidad de lo actuado por no haberse adelantado la publicación para que la colectividad, vinculada a la decisión, estudiara la posibilidad de hacerse parte de una decisión que posteriormente la sin excepción.

*"Llama la atención cuando ese ciudadano indica que la publicidad del acto de investigación le interesa a los competidores, clientes y distribuidores de las investigadas, pues, en verdad, esas personas si son personas **determinables** para la administración.*

1. **Fundamento de la solicitud**

"Por las consecuencias futuras que pueda traer el vicio de forma que nos evidencia la solicitud presentada por JORGE JACK HIGUERA, coadyubo (sic) mencionada petición, a fin de evitar nulidades dentro de la actuación administrativa en el asunto de la referencia.

2.1 **Los clientes, los distribuidores y competidores son terceros determinados**

"En las investigaciones de prácticas comerciales restrictivas el Estado actúa en virtud del interés público. Basta observar el artículo 333 de la Constitución Política para afirmar que la competencia es un derecho de todos y del bien común.

"En virtud de lo anterior se inician investigaciones de oficio, donde el estado viene a proteger la colectividad (bien común). Bajo esta perspectiva, dentro de esa colectividad como mínimo se encuentran: los clientes, los competidores y distribuidores.

"Una decisión de la Superintendencia, en donde determine que no se requería autorización de la operación entre HACEB e ICASA, vincula como mínimo a estas personas, pero nunca fueron citadas al proceso.

"Con este ejemplo, se evidencia el vicio de procedimiento que se presenta, pues dentro de las probabilidades del caso, está que la SIC defina que no se requiera permiso, y si así lo falla, terceros pueden solicitar la nulidad, pues a ellos nunca les fue comunicado este asunto, y tal sentido, no cabe duda que se les estaría vulnerando sus derechos a oponerse a la operación.

"Si dentro del caso la Sic encuentra que si requería autorización, los terceros (CLIENTES, DISTRIBUIDORES Y COMPETIDORES) no verían vulnerados sus derechos. Pero es claro que la publicación no depende que en un caso la administración decida positiva o

negativamente en contra del investigado, sino del deber de comunicar una actuación, independientemente que sea un fallo positivo o negativo sobre un asunto.

1.2. Solicitud

"Solicito se ordene la comunicación a terceros, para que éstos evalúen su participación y reconocimiento como tal. En el mismo sentido, solicito se declare la nulidad de lo actuado por vicio de forma dentro de la actuación".

▫ **Escrito del 8 de septiembre de 2004.**

1. Norma aplicable

"De acuerdo con el artículo 3 del código contencioso administrativo, (principio de Eficacia), la Administración podrá sanear las nulidades que resulten de vicios de procedimiento, a petición del interesado.

2. La solicitud

"De conformidad con el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, el Consejo Asesor está integrado por cinco (5) Miembros. En el mismo sentido se determina que el Superintendente de Industria y Comercio está en la obligación de oírlo en los eventos a que se refiere los numerales 11, 13 y 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

"Teniendo en cuenta que dentro de la información puesta a disposición de los particulares por parte de la SIC aparece que solo fueron citados cuatro (4) miembros, no cinco (5), el acto adolecería de un vicio de forma.

"Solicito sanear este vicio de procedimiento en la medida que exista Consejo Asesor, según la Ley, con cinco (5) miembros y no con cuatro (4). Este es un derecho legal de mis representados, que no es discrecional de la Administración, dado que las normas procesales son de imperativo cumplimiento.

"El quinto miembro y su opinión, así como la asistencia de todos los miembros, es un derecho adquirido de los investigados, otorgado en la Ley, y que no está al arbitrio de la Administración. Adjunto información entregada por la SIC."

"3. Funcionario competente

Esta solicitud fue elevada al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, no al Despacho del Jefe de División de Competencia, quien ya no posee facultades para dar respuesta a esta solicitud (artículo 12 del 2153 de 1992), ya que según las reglas procesales que rigen esta actuación (artículo 52 del decreto 2153 de 1992), el expediente y conocimiento del mismo se encuentra en el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio (numeral 28 del decreto 2153 de 1992).

"El Despacho del Superintendente es conocedor de este vicio de forma desde el 31 de agosto de 2004, fecha en la cual fue puesto en su conocimiento la situación."

"4. Solicitud de respuesta sobre vicio de forma al no publicar un acto administrativo donde los terceros son determinables, como por ejemplo, clientes, distribuidores y competidores.

"Con el mismo sustento legal contenido en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, solicito insistir en otro vicio de forma que se presente en la actuación surtida en el trámite de la referencia, por el hecho de no haberse ordenado la publicación

para que terceros determinados e indeterminados estudiaran su participación dentro de un asunto donde se debate temas de mercado que por lo menos interesan, bajo la óptica más corta, a competidores, distribuidores y clientes de los investigados (Art. 14 y 15 del C.C.A).

"Esta situación también es de conocimiento del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio desde el 31 de agosto de 2004.

"Sobre este vicio de forma nuevamente se solicita su erradicación de conformidad con el artículo 3 y 7 (sic) del Código Contencioso Administrativo."

CUARTO: Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, en el presente acto serán resueltos todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión de los recursos interpuestos.

Para tal efecto, atendiendo a los principios de economía y celeridad que gobiernan la actuación administrativa,⁴ se resolverán de manera conjunta los recursos, al igual que las solicitudes presentadas, en los siguientes términos:

1 El control previo de integraciones

El control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva, a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones que se pretendan llevar a cabo, a fin de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado.

Con el ánimo de lograr la materialización efectiva de este instrumento, la ley ha definido parámetros objetivos bajo los cuales se estructura el deber legal de información previa. En este contexto, las razones que motivan la integración en las empresas Intervinientes es un aspecto en que la ley no se detiene, pues como se puso de presente en el acto impugnado, a lo que se presta atención en el control previo de integraciones, es a las derivaciones que se puedan desprender para el mercado, como consecuencia de una operación de integración.

En esa medida, el hecho de que Icasa, como esgrime su apoderado, hubiera transferido a Haceb sus marcas y demás activos relacionados, tratando de obtener liquidez para atender parte de su pasivo, no la eximía de haber informado previamente tal operación, en tanto la misma estaba bajo los supuestos objetivos previstos por el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, como tampoco la exime ahora de la responsabilidad derivada por la inobservancia de este deber.

Ahora bien, dado que el control previo busca proteger al mercado de aquellas operaciones que tiendan a producir una indebida restricción a la competencia,⁵ el legislador decidió no restringir su aplicación a un tipo específico de operaciones,

⁴ Artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

⁵ La Ley 155 de 1959, concordante con el Decreto 1302 de 1964, advierte que deberá objetarse una operación de integración "[s]i tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia". Al respecto, ver: Parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, y artículo 5 del decreto 1302 de 1964.

sino dejarlo abierto, para cualquier proceso que genere un efecto integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad.

En esta perspectiva, la interpretación aducida por el doctor Ulloa Toscazo, en el sentido que el deber de información previa contenido en el artículo 4° de la Ley 155 está limitado a las operaciones expresamente consagradas, “[c]omo son la fusión, consolidación o integración entre sí”, no es de recibo para este Despacho, por cuanto:

- Tal interpretación desconoce la finalidad pretendida por la norma, al no permitir que el Estado pueda en forma anticipada, analizar los impactos de una operación sobre el mercado y prevenir los efectos indeseables para la libre competencia.⁶ Adicionalmente, estaría propiciando tratamientos discriminatorios por parte de la ley, estableciendo que sólo las integraciones económicas en que el vehículo sea una fusión, una consolidación o una integración deberán informarse, pero que si se trata de una integración diferente no estaría sujeta a este deber, lo que carece de justificación alguna, especialmente cuando el efecto sobre el mercado es el mismo, en uno u otro caso.
- Al dar prevalencia a lo formal sobre lo sustancial, el control *ex ante* sería de fácil evasión para quienes tuvieran interés en hacerlo, pues bastaría con utilizar un medio diferente a una fusión, una consolidación o una integración propiamente dicha, para no tener que pasar por el filtro de la autoridad de competencia.⁷

Pudiendo las integraciones generar una indebida restricción a la competencia, mal podría quedar su verificación supeditada al tipo de instrumento de que se valgan las empresas para lograr su cometido. De ser

⁶ “Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”. Sentencia C-011 de 1994.

⁷ “En virtud del artículo 4 de la Carta, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.

“Asimismo, ha expresado esta Corporación que ‘cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista’ (Sentencia C-011/94, M.P. Cifuentes Muñoz). Es así como se debe acudir a los preceptos constitucionales que mejor doten de sentido las disposiciones bajo estudio, con miras a extraer su significado y así permitir un pronunciamiento de fondo respecto de los cargos formulados por el actor”. Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001.

así, la prevención de circunstancias nocivas para el mercado quedaría relegada al mecanismo que decidieran utilizar quienes desean integrarse.

- La ley 155 de 1959 debe armonizarse con el Decreto 2153 de 1992, el cual establece que al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde "Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas".⁸ Acorde con lo anterior, el mismo Estatuto define el término "control" como: "La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa".

Vemos, entonces, como en esta definición, amplia por demás, quedó incluida como forma de control, la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, a la que se adecua la operación realizada entre Icasa y Haceb, ya que como consecuencia de la misma, Haceb logró disponer no solo de la Marca Icasa, sino también de otros activos y derechos esenciales para el desarrollo de la actividad. Así se expresó en el acto impugnado, al que no se refiere el apoderado, al poner de presente:

"...la adquisición de Haceb S.A. no se limitó de manera exclusiva a las marcas, pues dicha empresa consideró que para atender una producción de refrigeradores marca Icasa, era conveniente disponer de la maquinaria con lo cual se fabricaban tales productos, siendo así como suscribió un contrato de leasing con la sociedad Leasing de Crédito, obteniendo en arriendo las respectivas maquinarias y reservándose el derecho de compra sobre las mismas. A lo anterior, debe sumarse, el hecho de que Icasa entregó a Haceb su listado de clientes.

"En estos términos, se concluye que la adquisición de las marcas Icasa por parte de Haceb, constituyó una operación de integración económica, al haber permitido a esta última explotar, en su propio beneficio, las líneas de producción que anteriormente trabajaba Icasa, con lo cual se pone en evidencia el supuesto objetivo de la norma en comento".

Por consiguiente, lo que existió entre Icasa y Haceb no fue una simple transferencia de marcas, como afirma el apoderado de Icasa, sino una operación de integración bajo los términos del artículo 4 de la ley 155 de 1959, pese a lo cual se incumplió con el deber de información previa.

2 La tipificación de la conducta

El apoderado de Haceb, haciendo alusión al acto que se impugna, manifiesta que para la época en que se llevó cabo la operación, Icasa no estaba desarrollando actividades de producción sino solamente actividades relacionadas con el mercado de insumos, repuestos y mantenimiento, las cuales "*...no están marcados con la expresión ICASA*". En ese sentido considera que "*[e]l negocio*

⁸ Decreto 2153 de 1992; artículo 4°, numeral 14.

(objetivo) de la venta de marca no guarda relación con el mercado donde supuestamente compiten (subjetivo)".

Agrega que "[l]a Superintendencia comete una impresión (sic) al querer vincular la venta de la marca a un mercado donde no se usaba la marca", para finalmente concluir que "...la tipificación de la norma adelantada por la Superintendencia no guarda relación de causa-efecto, siendo supuestos que no concuerdan en la configuración de los parámetros, ya que se trata de una operación que no tiene incidencia en el mercado relevante donde se alega que compiten las empresas."

A este respecto debemos recordar, que aunque para la época en que se llevó a cabo la operación Icasa no estaba produciendo electrodomésticos, si los estaba comercializando bajo su propia marca, como se puso de presente en la resolución 21819 de 2004, al señalar:

"Icasa, por su parte, según el certificado de existencia y representación legal del 21 de noviembre de 2003, es una sociedad con domicilio en Bogotá D.C., constituida mediante Escritura Pública N° 3596 del 16 de diciembre de 1955 de la Notaría 5 de esta misma ciudad, cuyo objeto social es la fabricación, instalación, reparación, compra, venta, importación, exportación, arrendamiento y, en general, el comercio de toda clase de productos metálicos y metal mecánicos, eléctricos y electrónicos para usos domésticos, comercial e industrial.

"Acorde con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Icasa, la misma tiene una duración hasta el año 2054. Los movimientos contables de dicha empresa ponen de relieve que se vendieron 13.288 unidades de refrigeración para el año 2002,⁹ y que para el mes de diciembre del mismo año existían en sus inventarios 48 refrigeradores y materia prima por valor de \$ 1.421.469.119.

Agregando en el mismo acto:

"En cuanto a la actividad desarrollada por Haceb, ésta coincide con la desarrollada por Icasa, pues las dos empresas se dedicaban al momento de realizarse los hechos objeto de este proceso, a la comercialización de electrodomésticos y al suministro de repuestos para su mantenimiento. La producción no se incluye por cuanto Icasa S.A. dejó de producir en el año 2002, pese a lo cual las ventas de productos continuaron realizándose en el año siguiente".

Por ello, contrario a lo manifestado por el recurrente, la marca Icasa sí estaba siendo utilizada en el mercado a través de la comercialización de sus productos. Adicionalmente, la empresa Icasa desarrollaba dos actividades complementarias a la comercialización, como eran la venta de repuestos y el mantenimiento de los equipos vendidos, sin las cuales era muy difícil mantener la imagen de marca y algún nivel de participación en el mercado. De hecho, contaba con un departamento de servicios llamado Servicasa, a través del cual compraba y

⁹ Sobre el punto, ver folio No. 428 del expediente.

mantenía el correspondiente inventario de repuestos, para atender el servicio postventa de sus productos, a pesar de que no estaba produciendo.

En suma, la empresa Icasa desarrollaba actividades de comercialización, servicios de postventa, venta de repuestos y de materia prima, en las cuales participaba también la empresa Haceb, motivo por el cual la operación llevada a cabo se ajustó en su integridad a los presupuestos establecidos en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959. Por consiguiente, el cargo de "inadecuada tipificación de la norma" no se considera de recibo por este Despacho.

3 La transferencia del registro de marca

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 163 de la Decisión 486 de 2000, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina,

"La autoridad nacional competente no registrará los contratos de licencia o transferencia de registro de marcas que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o a las disposiciones comunitarias y nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia". (Subraya nuestra)

La norma referida se debe armonizar con el artículo 273 del mismo ordenamiento, que establece que:

"Para los efectos de la presente Decisión, entiéndase como Oficina Nacional Competente, al órgano administrativo encargado del registro de la Propiedad Industrial.

"Asimismo, entiéndase como Autoridad Nacional Competente, al órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia. (Subraya nuestra)

Efectivamente, cuando el artículo 38 de la Decisión 486 establece que "La oficina nacional competente examinará, dentro de los 30 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, si ésta cumple con los requisitos de forma previstos en los artículos 26 y 27", se está refiriendo a esta Superintendencia, que en efecto es el órgano administrativo encargado del registro de la propiedad industrial y, por lo mismo, la Oficina Nacional Competente.

La anterior precisión resulta de vital importancia, pues permite establecer que el destinatario de la obligación contenida en el artículo 163 de la Decisión 486, no es la Oficina Nacional Competente, que para el caso es la Superintendencia de Industria y Comercio, sino la Autoridad Nacional Competente.

Visto que la Oficina Nacional Competente y la Autoridad Nacional Competente son dos órganos diferentes, y que la SIC es el primero de ellos en nuestro país, lo que resta concluir, es que a quien se refiere el artículo 163, es al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en tanto los contratos a que alude la norma son aquellos que implican una importación de tecnología, entendiendo por ésta, el procedimiento que deben surtir las personas naturales y jurídicas, para cumplir con el requisito legal de incorporar a Colombia los bienes intangibles tecnológicos

contenidos en licencias de tecnología, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica, marcas, patentes y demás contratos tecnológicos, cuyo trámite se adelanta específicamente ante la Subdirección de Diseño y Administración de Operaciones de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, según lo establecido por el numeral 3 del artículo 19 del Decreto 210 de 2003.

Por la razón anterior, no es de recibo para este Despacho lo alegado por el apoderado de Haceb, en el sentido que se le debe dar aplicación al artículo 163 de la Decisión 486 de 2000, pues como quedó visto, el precitado artículo hace alusión a la autoridad nacional competente, que es Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y no la SIC.

Por consiguiente, no existió una decisión contradictoria de esta Entidad, y mucho menos pudo haberse creado un derecho para la empresa Haceb, como aduce su apoderado, ya que el trámite correspondiente al artículo 163 de la Decisión 486, no se inició, hasta donde se tiene conocimiento, y de haberse hecho, en todo caso no fue ante esta Entidad sino ante el Ministerio. Pero aun siendo de otro modo, el trámite y la decisión correspondiente a la investigación por la infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, no tendría por qué ver afectada su validez, dado que se surtió conforme al procedimiento establecido por la ley y en garantía plena del debido proceso. Luego, la única consecuencia que podría derivar, en gracia de discusión, sería la revocatoria de la autorización del traspaso de las marcas, bajo el entendido que se produjo en violación al artículo 163 de la Decisión 486 de 2000.

4 Improcedencia del artículo 29 del Código Contencioso Administrativo

Teniendo claro, como se expuso en el punto anterior, que a la SIC no le correspondía adelantar el trámite previsto en el artículo 163 de la Decisión 486, no había lugar a la acumulación de expedientes como consagra el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo, básicamente por las siguientes razones:

- Para que haya acumulación se requiere como presupuesto básico, que exista una pluralidad de trámites. En el caso concreto, únicamente se tiene certeza de la investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas.
- Pero aún si existieron los dos trámites que menciona el apoderado, tampoco podían acumularse por cuanto correspondían a actuaciones de naturaleza distinta y con procedimientos diferentes, con lo cual, no existían *"...documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan un mismo efecto"*, como presupone el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo-
- Adicionalmente, la finalidad del citado artículo 29 consiste básicamente en facilitar la formación de expedientes, por lo que su omisión está muy lejos de poder generar un vicio de procedimiento que anule la actuación, más todavía cuando quien lo alega ha contribuido a su formación, pues no se olvide que la acumulación de expedientes puede ser *"...de oficio o a petición del interesado"*.

Por ello, quien pudo solicitar la acumulación de expedientes y no lo hizo en su momento, mal puede con posterioridad, solicitar la nulidad de la actuación aduciendo que los tramites no fueron acumulados, pues ésto sería como alegar la propia torpeza en beneficio de uno mismo.

5 Frente a los supuestos vicios de procedimiento

5.1 La vinculación de terceros

Mediante escrito radicado bajo número 03016959-10015 de fecha 6 de septiembre, el apoderado de Haceb manifestó que coadyuva la petición formulada por el ciudadano Jorge Jack Higuera, quien a través de escrito radicado bajo número 03016959-10009 y de fecha 31 de agosto, solicitó a este Despacho que declarara la nulidad de lo actuado en el presente proceso y que se ordenará la publicación "...para que la comunidad evalúe su participación, interés en el asunto y puedan resultar vinculados (clientes, distribuidores, competidores, etc.)"

En relación a lo anterior, debemos empezar por señalar que mediante comunicación radicada bajo número 03016959-10019 y de fecha 21 de septiembre de 2004, fue atendida por esta Entidad la solicitud presentada por el señor Jack Higuera, en los siguientes términos:

"En respuesta a su derecho de petición del pasado 31 de agosto, radicado con el número de la referencia, dentro del término legal para su respuesta, me permito indicarle que no es posible atender positivamente su solicitud habida consideración a que no está acreditado su interés directo en la actuación que está siendo adelantada por esta Superintendencia". (Subrayado no hace parte del texto original)

Así, pues, dado que el señor Jack Higuera no era parte en la actuación que se adelanta, y ni siquiera tenía acreditado un interés dentro de la misma, carecía de legitimidad para solicitar su nulidad, siendo esta la solicitud que "coadyuva" el doctor Velandía Castro.

En todo caso, ni en el escrito presentado por el ciudadano Jack Higuera, como tampoco en el que presenta el doctor Velandía Castro, se hace mención acerca de cual es el fundamento legal en que se basa la solicitud de que se haga la "publicación" para que los terceros evalúen su participación dentro de la presente actuación, lo que deja a este Despacho en imposibilidad de hacer las estimaciones pertinentes.

Pero al margen de lo anterior, es preciso señalar que los artículos 14, 15 y 28 del Código Contencioso Administrativo, que se refieren a la comunicación de terceros, establecen como presupuesto básico, que los terceros tengan un "interés directo" o que "puedan resultar afectados en forma directa" con la actuación que se adelanta, **lo cual no se tiene acreditado en el presente caso.**

En efecto, es claro que el interés del tercero a que hace referencia el Código Contencioso, no puede ser el mismo que el del mercado, pues ese ya está siendo representado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por ello, debe tratarse de un interés diferente y en todo caso, particular, que haga legítima y

necesaria la intervención del tercero. Bajo esta consideración, se califica el tipo de interés del tercero como **directo**, para significar que no puede ser cualquiera.

Respecto a este punto concreto, el Consejo de Estado ha manifestado:

*El interés directo "[h]a sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. No se trata únicamente de un interés genérico, sino de un interés directo, lo que quiere decir, que tal interés tiene que surgir sin necesidad de acudir a intermediaciones o interpretaciones de ninguna índole. (...) Naturalmente quien dice tener un interés jurídico directo en un asunto, como todo aquel quien haga dentro del proceso una afirmación definida, corre con la carga de la prueba, en primer término, de ese interés y, en segundo término, del carácter de "directo" ostentado.*¹⁰

En igual sentido, sostuvo la aludida Corporación:

*"No puede legitimarse la intervención de ningún tercero sino mediante la demostración de un interés directo, es decir, que sea ostensible y cierto, no eventual ni insinuado apenas a la apreciación del fallador."*¹¹

Recientemente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección "D"¹², manifestó:

"[E]xaminadas las alegaciones del escrito de demanda, es evidente que el acto no fue parte en el asunto administrativo que determinó la expedición del auto 1243 del 11 de junio de 2003, porque a pesar que actuó como quejoso, no adquirió la calidad de sujeto procesal, pues no ejerció un derecho sino que cumplió un deber ciudadano, relativo a poner en conocimiento de la autoridad respectiva una circunstancia que lesionaba un derecho o interés colectivo, respecto del cual ésta actúa como garante, (...).

"Así las cosas, resulta claro que el quejoso en tratándose del trámite de denuncias relativas a restricción de la competencia (cartel, trust o dumping) no tienen la calidad de parte, máxime si se tiene en cuenta que las normas que regulan la materia, contenidas en los artículos 52 del decreto 2153 de 1992 y 6 y siguientes del Código Contencioso Administrativo no le atribuyen esa condición, por oposición a otras normas de carácter especial, que autorizan al

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación 25000-23-26-000-2001-0456-01 (20456)

¹¹ Consejo de Estado, Radicación 7853 de 1996

¹² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segundo, Subsección "D". Expediente 204-1215, proferido el 15 de junio de 2004.M.S. María del Carmen Jarrín Cerón.

quejoso para que actúe en el respectivo trámite correctivo, verbigracia, en el disciplinario regulado por la Ley 734 de 2002, por lo mismo, es imposible que su derecho fundamental haya sido conculcado, porque la prerrogativa aludida es individual y, se predica de aquellas actuaciones en las que el afectado haya sido parte. (...)

Es claro, entonces, que la figura del tercero interesado está supeditada a la constatación de un interés directo en las resultas de la decisión, entendido éste como la posibilidad de derivar algún tipo de afectación en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, bien sea porque genera alguna obligación para sí, o porque crea una situación jurídica particular en beneficio propio, **lo que no se constató en el presente caso**, por lo que no se procedió a su comunicación o a la publicación de la decisión de apertura ni de ninguna otra en este proceso.

Por último, debemos señalar que algunas de las normas antes citadas del Código Contencioso Administrativo, tienen aplicación únicamente, frente a **actuaciones iniciadas a petición, que tampoco es el caso, pues la presente investigación se inicio en forma oficiosa.**

Por todo lo anterior, la petición para que publique o comunique a terceros del presente trámite carece de sustento y, en esa medida, está llamada a no ser tenida en cuenta.

5.2 La citación del Consejo Asesor

Es importante recordar que el apoderado de la empresa Haceb, mediante escrito radicado bajo número 03016959-10008 y de fecha 31 de agosto de 2004, solicitó: *"[S]e declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se citó al Consejo Asesor dentro del proceso dentro del proceso de la referencia, - agregando más adelante-, teniendo en cuenta que dentro de la información puesta a disposición de los particulares por parte de la SIC aparece que sólo fueron citados 4 miembros, no Cinco (5), el acto adolecería de un vicio de forma, solicito se declare la nulidad de dicha citación en la medida que existe consejo asesor con cinco (5) miembros y no con (4)".*

Esta petición, como se sabe, fue atendida por el Jefe de División para la Promoción de la Competencia, a través del oficio radicado bajo 03016959-10016 y de fecha 7 de septiembre de 2004, en los siguientes términos:

"En atención a su solicitud radicada bajo el número de la referencia, nos permitimos informarle que la nulidad de los actos administrativos corresponde declararla a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos previstos en el artículo 84 del C.C.A.

"Por consiguiente, no es posible dar trámite a su solicitud formulada ante esta Superintendencia, (...)."

El apoderado de Haceb mediante escrito radicado 03016959-10017 y de fecha 8 de septiembre, insiste en su petición, esta vez con fundamento en el artículo 3° del C.C.A., para que se sanee el vicio de procedimiento que se deriva de haber

citado sólo a cuatro miembros del Consejo Asesor, cuando en su criterio debieron haberse citado a los cinco miembros.

No obstante, para este Despacho no es de recibo lo alegado, pues como podrá constatarse en las comunicaciones radicadas bajo números: 04080629; 04080631; 04080632; 04080634 y 04085332, los cinco integrantes del Consejo Asesor fueron citados con antelación a la reunión en que se presentó el caso que nos ocupa.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución N° 21819 del 1 de septiembre de 2004.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ORLANDO ULLOA TOSCANO, en su condición de apoderado especial de Industria Colombiana de Artefactos S.A. -ICASA- y del señor Mario Verástegui Noguera, o a quien haga sus veces, al doctor HUGO MAURICIO VELANDIA CASTRO, en su condición de apoderado especial de la sociedad Industrias HACEB S.A., o quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 29 NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIME RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

Doctor

ORLANDO ULLOA TOSCANO

C.C. N° 19'258.899 de Bogotá

Apoderado

INDUSTRIA COLOMBIANA DE ARTEFACTOS -ICASA-

NIT: 8600021251

MARIO VERASTEGUI NOGUERA

C.C. N° 19.059.134

Calle 70 No 7 - 60, Oficina 201

Ciudad

Doctor

HUGO MAURICIO VELANDIA CASTRO

C.C. N° 79.506.193 de Bogotá

Apoderado

INDUSTRIAS HACEB S.A.

NIT: 890900281-4

Carrera 11 A No 94 A -23, Oficina 304

Ciudad