



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08020 DE 2004  
( 16 ABR. 2004 )

Radicación No 99028603

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**  
en ejercicio de sus facultades legales, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante resolución No 02375 del 11 de febrero de 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó el archivo de la actuación administrativa adelantada con ocasión de la Resolución 9405 del 27 de mayo de 1999 en contra de las sociedades OCCEL S.A. en adelante OCCEL y REY MORENO LTDA (hoy TELEFÓNICA DATA COLOMBIA S.A.) en adelante REY MORENO.

**SEGUNDO:** Que el apoderado judicial de la sociedad EMPRESA DE TECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P., en adelante ETB, mediante escrito radicado el 18 de febrero de 2004 con el No 99028603 — 010051, interpuso en oportunidad recurso de reposición contra la resolución No 2375 del 11 de febrero de 2004, con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se ordene continuar adelante con el proceso de competencia desleal de ETB, TELECOM y ORBITEL contra las sociedades OCCEL y REY MORENO. Así mismo solicita que en subsidio se otorgue para ante el Tribunal Superior de Bogotá, o ante el superior jerárquico de la Superintendencia en el ejercicio de sus facultades judiciales de competencia desleal, el recurso de apelación.

**TERCERO:** Que el recurso a que hace referencia el numeral anterior se fundamenta, en síntesis, en lo siguiente:

*Expresa el recurrente, que "se deduce claramente de los memoriales radicados por las partes y los actos de trámite expedidos por la SIC, que la acción incoada por la ETB es la acción declarativa y de condena consagrada en el artículo 20 de la ley 256 de 1996, a través de un proceso judicial por la realización de conductas de competencia desleal, de tal manera que les sea posible obtener la indemnización de los perjuicios que les han sido ocasionados. Era potestad de la SIC decidir si ejercía o no las facultades administrativas que le fueron atribuidas por la ley".*

Así mismo, el impugnante se refiere a la sentencia C-649 del 20 de junio del 2001 citando, entre otros, los siguientes apartes:

*"b. En primer lugar, los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998, atribuyen a la*

*Superintendencia de Industria y Comercio funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal*

*"c. Segundo, las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la ley 256 de 1996..."*

*"d. Tercero, es indispensable que al ciudadano objeto de la investigación adelantada por la Superintendencia, se le haga saber claramente cuál función ejerce la entidad en cada caso: la jurisdiccional, o la administrativa. (Subrayado fuera de texto)"*

*"e. En todo caso debe garantizarse la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas ..."*

Manifiesta, adicionalmente, que cuando la Superintendencia profiere la resolución por medio de la cual se decide un proceso iniciado en virtud de las facultades judiciales de competencia desleal, tal decisión es susceptible del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá y que los actos expedidos en ejercicio de dichas facultades, son actos jurisdiccionales.

Señala, además, que es erróneo que la Superintendencia argumente que por el hecho de que no se acumuló a OCCEL y TETEFONICA DATA al proceso de competencia desleal iniciado en contra de COMCEL, la naturaleza jurídica de la facultad allí ejercida es administrativa y expone lo siguiente:

- a. *"Como lo refiere la resolución impugnada, las empresas demandantes solicitaron a la SIC por medio de los memoriales de los días 12 y 25 de marzo de 1999 que se vinculara a OCCEL y TELEFÓNICA DATA a la investigación de COMCEL. No cabe duda que la acción adelantada en contra de COMCEL es de carácter judicial.*
- b. *Mediante oficio del día 9 de abril de 1999, la SIC rechazó dicha solicitud y los demandantes interpusieron los recursos correspondientes por medio de los memoriales de los días 14 y 15 de abril de 1999.*
- c. *Fue en respuesta a esas nuevas peticiones, contenidas en los recursos de reposición, en el sentido de que se adelantara contra OCCEL y TELEFONICA DATA un proceso judicial por competencia desleal, que la SIC expió la resolución 9405 del 27 de mayo de 1999. En efecto en el Considerando Tercero de la mencionada resolución se señala la solicitud de los demandantes como base para el inicio del proceso, razón por la cual no es posible decir que la SIC actuó de manera independiente a la solicitud de los demandantes, cuyo objetivo claramente expresado a lo largo de todo este complejo proceso, era y es el de que se adelantara un proceso judicial por competencia desleal.*
- d. *Una prueba más de las funciones que la SIC ha ejercido durante este proceso son de naturaleza judicial, se encuentra en el Artículo Tercero de la propia Resolución No 9405 de 1999, por medio de la cual se dio inicio al proceso, el cual establece lo*

siguiente:

**"ARTICULO TERCERO:** Ordenar a Orbitel S.A. y a la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A., que informen a esta Superintendencia si por los mismos hechos y entre las mismas partes se ha iniciado acción de competencia desleal ante la jurisdicción ordinaria."

- e. La anterior conminación solamente se explica en la medida en que las funciones que la SIC se encontraba ejerciendo al iniciar el proceso contra OCCEL y TELEFÓNICA DATA eran de carácter jurisdiccional, ya que de conformidad con el inciso primero del artículo 147 de la ley 446 de 1998, la SIC tiene, junto con los jueces civiles del circuito, **competencia a prevención** para conocer de este tipo de demandas. Sobra decir que si la investigación era meramente administrativa, como ahora de manera sorprendente lo manifiesta la SIC, no se requeriría informar sobre la existencia de **otras demandas judiciales de competencia desleal ...**"

**CUARTO:** Que el apoderado judicial de la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P., en adelante ORBITEL, mediante escrito radicado con el No 99028603- 010052 del 19 de febrero de 2004, interpuso en oportunidad recurso de reposición contra la resolución No 2375 del 11 de febrero de 2004, con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se ordene continuar el trámite del proceso. En subsidio, solicita que se le conceda el recurso de apelación ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

**QUINTO:** Que el recurso a que se refiere el numeral anterior se fundamentó, en síntesis, en lo siguiente:

Considera ORBITEL que contra el acto recurrido procede también el recurso de apelación con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 148 de la ley 446 de 1998, toda vez que la resolución señala que la Superintendencia perdió competencia para sancionar y de otra parte, dispone el archivo del expediente "...lo que equivale a proferir un fallo definitivo", en la medida en que de esta manera, se está decidiendo no imponer sanción a las sociedades investigadas y se le está poniendo fin a la actuación adelantada contra ellas por la S.I.C...."

Continúa el apoderado con un recuento detallado de los antecedentes, y señala que "... En la denuncia presentada por ORBITEL S.A. E.S.P., se enumeraron los hechos constitutivos de competencia desleal; se indicaron las normas que se estimaban violadas con la conducta de COMCEL; y se señaló que dicha conducta le ocasionaba grandes perjuicios económicos a la citada sociedad..."

Señala también que en la denuncia contra COMCEL se expresó textualmente lo siguiente:

"... Por último, resulta importante señalar, que de conformidad con el artículo 147 de la ley 446 de 1998, la competencia para conocer de los asuntos de competencia desleal la tienen a prevención, el juez competente o la Superintendencia de industria y Comercio.

*Para los efectos de esta última norma, manifiesto a la Superintendencia que mi cliente no ha iniciado ningún otro proceso de competencia desleal por los hechos que aquí se describen, razón por la cual la competencia a prevención corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio."*

El proceso adelantado por la Superintendencia contra COMCEL, afirma el recurrente, terminó con la resolución No 4954 del 13 de marzo del año 2000 en la que dispuso declarar ilegal la conducta investigada, ordenar la terminación definitiva de la conducta, prohibirle su realización en el futuro, imponer una sanción y conceder a las empresas afectadas el plazo de 15 días hábiles para la presentación del incidente de liquidación de perjuicios.

Continua el recurrente afirmando que dentro del proceso anterior, las sociedades denunciantes solicitaron a la Superintendencia vincular a las sociedades OCCEL y REY MORENO, petición que fue negada. Posteriormente tanto ORBITEL como la ETB interpusieron recurso de reposición, y que "... La S.I.C. no resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de no vincular a OCCEL y REY MORENO, sino que procedió a iniciar, en el expediente separado dentro del que ahora estamos presentando este escrito, investigación contra la citadas empresas, mediante la resolución No 9405 del 27 de mayo de 1999 ...". Continua afirmando que "... En cumplimiento a lo dispuesto en la resolución anterior (art.3) la SIC remitió a ORBITEL, el 31 de mayo de 1999, un oficio con el que se remitía copia de la resolución anterior; se señalaba que con ella se entendía resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la negativa de vincular a REY MORENO y OCCEL a la investigación; y se solicitaba manifestar si no se había iniciado proceso ante la justicia ordinaria contra las citadas sociedades ..."

ORBITEL expone las razones por las que se debe revocar la resolución recurrida y señala que "... en ella se desconocen las normas legales que rigen el ejercicio de las facultades jurisdiccionales asignadas a la S.I.C. en la ley 446 de 1998, en las que a diferencia de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil no se exige una DEMANDA para dar inicio al proceso (...) dichas facultades deben ejercerse, por disposición legal, en la forma prevista en el decreto 2351 de 1991, (sic) que contempla una regulación específica..."

Continua afirmando que "... Si la S.I.C. hubiese examinado la denuncia formulada contra COMCEL, que obra como prueba en el presente proceso, el cual fue iniciado como consecuencia de la solicitud de las denunciantes de extender la investigación adelantada contra la citada sociedad a REY MORENO y a OCCEL, habría concluido que ella reúne los requisitos de una demanda y que ella se promovió por que las conductas constitutivas de competencia desleal desarrolladas le estaban causando perjuicios económicos ..."

En cuanto al procedimiento aplicable por la Superintendencia cuando ejerce funciones jurisdiccionales, considera que es administrativo, con características particulares y que el legislador no dispuso que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia tuvieran que ejercerse de la misma manera en que ellas son ejercidas por los jueces ni que se

tuvieran que adelantar por el trámite del procedimiento ordinario con los requisitos exigidos en el C.P.C.

*Reitera que "... la denuncia tiene para el afectado con la conducta de competencia desleal, los mismos efectos que la demanda pues ante dicha conducta, él tiene la posibilidad de acudir o bien ante la JURISDICCIÓN a formular una demanda, o bien ante la SUPERINTENDENCIA a presentar un denuncia ..."*

En cuanto al artículo 38 de C.C.A., señala que no es aplicable por cuanto de conformidad con el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, la investigación sólo podrá terminar cuando el presunto infractor presente garantías de que la suspenderá y que la ley "*... no sólo exige que deje de realizarse la conducta por la cual se inició la investigación sino que la suspensión de esas actividades debe GARANTIZARSE para que se clausure la investigación. La sola manifestación de que la conducta ha sido terminada – sin estar acompañada de verificación y de garantías – no puede tener efecto de activar un término legal a favor del investigado.*"

Considera ORBITEL que la decisión de la Superintendencia es ilegal por cuanto la investigación en contra de OCCEL y REY MORENO no se inició de oficio por la Superintendencia y que por tal razón, no puede fundamentar su decisión de archivarla en la falta de una demanda en la cual se promuevan las acciones previstas en la ley 256 de 1996.

Señala que "*... Al iniciar el proceso la SUPERINTENDENCIA le exigió a ORBITEL manifestar que no había promovido otro proceso por COMPETENCIA DESLEAL fundado en los mismos hechos, requisito que fue cumplido como anteriormente lo señalamos...*"

Finalmente argumenta que "*... Si, en gracia de discusión, se admitiera que en el proceso reglado en el decreto 2153 de 1992 cabe la aplicación del artículo 38 del C.C.A., dicha disposición sólo autorizaría a la S.I.C. para declarar la caducidad respecto de las funciones administrativas (...) no podría extender tal caducidad a las funciones jurisdiccionales que está ejerciendo en esta investigación ..."*

**SEXTO:** Que con miras a resolver los recursos de reposición interpuestos en oportunidad contra la resolución No 2375 del 11 de febrero de 2004, este despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones:

1. **Las facultades ejercidas en el presente proceso por la Superintendencia de Industria y Comercio han sido de carácter administrativo y no jurisdiccional.**

Uno de los principales argumentos esgrimidos por los recurrentes en contra de la Resolución 2375 del 11 de febrero de 2004, consiste en señalar que el proceso adelantado por esta Superintendencia en el caso que nos ocupa, es de naturaleza jurisdiccional y no administrativa, como se manifiesta en el acto impugnado. Así, lo primero que debe

resolverse, es determinar la naturaleza de las funciones que ha ejercido la Superintendencia en este proceso, pues de llegarse a concluir que se han ejercido funciones jurisdiccionales, como lo argumentan los recurrentes, deberá procederse a revocar la resolución recurrida y, en consecuencia, a continuarse con el trámite que se ha venido adelantando; pero si la respuesta es la contraria, es decir, que se han ejercido funciones administrativas, tendrá que analizarse si la potestad sancionatoria de la Entidad se encuentra caducada, y si así fuere confirmar la resolución recurrida.

1.1. Diferencias entre las funciones administrativas y jurisdiccionales que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como es sabido, la Ley 446 de 1998 atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades para conocer tanto administrativa, como jurisdiccionalmente, de procesos por competencia desleal<sup>1</sup>. No obstante lo anterior y que frente a un mismo hecho la Superintendencia tiene potencialmente la facultad de ejercer los dos tipos de funciones arriba citadas, éstas no deben confundirse, pues la naturaleza, el origen, las restricciones investigativas que frente a una y a otra tiene la autoridad administrativa y los efectos que de ellas se generan, son jurídicamente distintos entre los dos tipos de funciones. En tal sentido, se aprecia lo siguiente:

- En cuanto a la **naturaleza** de las funciones, se tiene que las facultades administrativas con que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, corresponden a *"las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"*<sup>2</sup>, razón por la cual éstas son *"manifestaciones de la función típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control de la transparencia del mercado"*<sup>3</sup>, las cuales ejerce la autoridad estatal en su labor de proteger el interés público.

A diferencia de lo anterior, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce en forma excepcional facultades jurisdiccionales, no lo hace como entidad administrativa de inspección, vigilancia y control, sino como una autoridad jurisdiccional investida por el Legislador de la función de administrar justicia, brindando a los ciudadanos la posibilidad de acceder a la jurisdicción, y dirigiendo su actividad a resolver *"aquellas pretensiones que los jueces de la República estudian a través de las acciones previstas legalmente para combatir y prevenir los actos de competencia desleal"*<sup>4</sup>, pretensiones que se encuentran establecidas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996.

- En cuanto al **origen** de las funciones que se ejercen en casos concretos, se tiene que mientras las funciones administrativas pueden iniciarse de oficio o por

<sup>1</sup> Al respecto se pueden consultar las sentencias C-649-01 y T-583-03.

<sup>2</sup> Artículo 143 de la Ley 446 de 1998.

<sup>3</sup> Sentencia C-649-01.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

solicitud de un tercero<sup>5</sup>, las acciones jurisdiccionales solamente pueden tener su origen en acciones presentadas por particulares en las que se enuncian pretensiones concretas, pues al ser esta facultad ejercida a prevención de los jueces de la República, su actividad jurisdiccional está sujeta a las mismas restricciones y principios que los jueces, siendo uno de esos principios el previsto por el artículo segundo del C.P.C., el cual dispone que *"los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio"*, no siendo los procesos por competencia desleal, de aquellos cobijados por el Legislador como excepción. En tal sentido, ha sostenido al Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil<sup>6</sup>, que *"en materia civil los procesos sólo pueden ser iniciados por demanda de parte (art. 2 del C.P.C.) y, cuando a ella se acude por los particulares en ejercicio del derecho de acción, es una carga procesal de éstos expresar "con precisión y claridad" las pretensiones y sus fundamentos de hecho (art. 75, numerales 5 y 6, C.P.C.) asunto este que resulta de capital importancia en la estructura misma del proceso"* (subrayado fuera de texto).

- En cuanto a las **restricciones investigativas** que frente a una y a otra función tiene la Superintendencia, se observa que en el ejercicio de facultades administrativas, la Superintendencia cuenta con *"atribuciones tales como las de (...) abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas"*<sup>7</sup>, lo cual es una manifestación típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control, mientras que frente a las actuaciones jurisdiccionales, la Superintendencia *"est[á] obligad[a] a dar trámite a todas las demandas que llenen los requisitos de ley"*<sup>8</sup>.
- Finalmente, frente a los **efectos que se generan como consecuencia del ejercicio de una u otra función**, se tiene que mientras la decisión administrativa acerca de la realización de actos de competencia desleal constituye un acto administrativo que puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la providencia mediante la cual se resuelve una acción jurisdiccional, constituye una decisión judicial, la cual, una vez en firme, hace tránsito a cosa juzgada y no puede ser revisada nuevamente por ninguna autoridad, salvo los casos excepcionales de acciones de tutela.

1.2. Origen de la actuación iniciada con ocasión de la Resolución No. 9405 del 27 de mayo de 1999, objeto de este proceso.

Sea lo primero afirmar que los memoriales radicados por las sociedades ETB, ORBITEL y TELECOM, fueron tenidos en cuenta por esta Entidad para iniciar un proceso administrativo y no uno jurisdiccional, como lo manifiestan los recurrentes al afirmar que éste se originó en la petición que ellos presentarían<sup>9</sup>, para que se vinculara a las

<sup>5</sup> Artículos 2 numeral 1º, 11 numeral 1º, 12 y 52 del Decreto 2153 de 1992.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995, Magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente No. 4460

<sup>7</sup> Sentencia C-649-01.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Memoriales del 12 y del 25 de marzo de 1999.

sociedades OCCEL y REY MORENO al proceso que ya se adelantaba en esta Superintendencia en contra de la sociedad COMCEL. Así, sostienen que dado que el proceso en contra de COMCEL era jurisdiccional, la petición presentada para que se vinculara a OCCEL y REY MORENO al mismo, al igual que el proceso como tal, eran también jurisdiccionales. Frente al anterior argumento de los recurrentes, el Despacho considera lo siguiente:

- Si bien es cierto que ETB, ORBITEL y TELECOM, mediante memoriales radicados los días 12 y 25 de marzo de 1999, solicitaron a la Superintendencia que se vinculara a las sociedades OCCEL y REY MORENO a la investigación que se adelantaba en contra de la sociedad COMCEL, tal petición fue negada pues, como se recuerda, la Superintendencia, mediante oficio del 9 de abril de 1999, consideró que no era procedente vincular a las sociedades OCCEL y REY MORENO al proceso que se adelantaba en contra de la sociedad COMCEL.

Para sustentar su negativa de vincular a la sociedad OCCEL a la investigación que se adelantaba en contra de la sociedad COMCEL, la Superintendencia argumentó, entre otras cosas, que hasta ese momento sólo existían manifestaciones genéricas que no permitían concluir que la sociedad OCCEL S.A. estuviera realizando conducta alguna, y reiteró que los hechos que se atribuían a OCCEL eran "una mera hipótesis que no está acompañada de una descripción de hechos concretos, ni de evidencia alguna que demuestre que la sociedad denunciada esté realizando comportamientos que ameriten vincularla a la investigación que se adelanta contra COMCEL" (subrayado fuera de texto).

Respecto a la solicitud de vinculación de REY MORENO al proceso en contra de COMCEL, señaló el Despacho que *"no encuentra por ahora, que esos elementos nos indiquen que la precitada sociedad esté obrando en contravención de los artículos 8, 10 y 18 de ley 256 de 1996"*.

De lo anterior se concluye que la petición de vinculación de las sociedades OCCEL y REY MORENO al proceso jurisdiccional que se adelantaba en contra de la sociedad COMCEL, fue negada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Posteriormente, el 14 y el 15 de abril de 1999, las sociedades ETB y ORBITEL interpusieron recursos de reposición contra la decisión de la Superintendencia arriba citada.

Como es sabido, los recursos de reposición son el medio de impugnación establecido por el ordenamiento jurídico para subsanar o corregir los errores cometidos, y se interponen ante el mismo funcionario que profirió la decisión para que la aclare, modifique o revoque.

En el caso en estudio, las sociedades ETB y ORBITEL, haciendo uso de este medio de impugnación<sup>10</sup>, recurrieron la decisión de la Superintendencia de

<sup>10</sup> Recursos de reposición interpuestos mediante oficios radicados con los números 98076472 089 y 98076472 125 del 14 y 15 de abril de 1999.

Industria y Comercio contenida en el oficio del 9 de abril de 1999, con el fin de que el mismo fuera revocado y se vinculara a REY MORENO y OCCEL a la investigación que se adelantaba en contra de COMCEL.

Así las cosas, si la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera accedido a revocar su decisión, el resultado de su actuación habría sido el de vincular a las sociedades REY MORENO y OCCEL a la investigación que se adelantaba contra COMCEL, como lo solicitaban los recurrentes. Pero lo anterior no fue así. Tal y como se aprecia en el expediente, en ningún momento se vinculó a las sociedades REY MORENO y OCCEL a la investigación que se adelantaba en contra de COMCEL, sino que por el contrario, lo que decidió la Entidad fue iniciar un trámite administrativo, en el que los sujetos investigados eran exclusivamente las sociedades REY MORENO y OCCEL.

En efecto, mediante Resolución 9405 del 27 de mayo de 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió una investigación distinta a la que se adelantaba en contra de la sociedad COMCEL S.A., para determinar si las sociedades REY MORENO y OCCEL actuaron en contravención a lo dispuesto en los artículos 8 y 18 de la ley 256 de 1996.

De lo expuesto se concluye que las peticiones de los recurrentes orientadas a vincular a las sociedades REY MORENO y OCCEL al proceso jurisdiccional que se adelantaba en contra COMCEL fueron negadas, y que esa decisión nunca fue revocada o modificada, pues lo que hizo la Superintendencia fue iniciar un nuevo proceso, que por ser nuevo, era independiente y ajeno al que se adelantaba en contra de COMCEL.

En otras palabras, el carácter jurisdiccional del proceso que se ha seguido contra COMCEL, no implica que el trámite que se sigue en contra de las sociedades REY MORENO y OCCEL sea también jurisdiccional. Lo anterior se explica, se reitera, en razón a que si la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera decidido adelantar un proceso jurisdiccional en contra de las sociedades REY MORENO y OCCEL originado en las peticiones de las recurrentes, lo natural habría sido acceder a sus peticiones, vinculando a las citadas sociedades al trámite que ya se adelantaba, y no como se hizo, rechazando las mismas e iniciando un proceso administrativo nuevo e independiente al trámite jurisdiccional que ya cursaba ante la Entidad.

- Así las cosas, la naturaleza administrativa o jurisdiccional del proceso que acá se adelanta, no debe ser determinada, como lo afirman en sus recursos las sociedades ORBITEL y ETB, con base en el proceso adelantado en contra de COMCEL, sino que debe ser establecida con base en las características propias de este proceso. En tal sentido, analizando los elementos que tuvo en cuenta el Despacho en la Resolución 9405 de 1999, por medio de la cual se abrió la investigación, se tiene lo siguiente:

- o El presente proceso NO se originó en una acción en contra de las investigadas, en la que se determinara en una manera clara y precisa las pretensiones de la acción. Por ello, dado que cuando la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce funciones jurisdiccionales lo hace bajo los mismos principios que los jueces de la República, se concluye que la

ausencia de una acción que iniciara el proceso y la falta de enunciación de pretensiones concretas derivadas del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, impedía a la Superintendencia ejercer funciones jurisdiccionales, pues "como es conocido, en materia civil [y los procesos jurisdiccionales por competencia desleal son civiles – se agrega] los procesos sólo pueden ser iniciados por demanda de parte (art. 2 del C.P.C.) y, cuando a ella se acude por los particulares en ejercicio del derecho de acción, es una carga procesal de éstos expresar "con precisión y claridad" las pretensiones y sus fundamentos de hecho (art. 75, numerales 5 y 6, C.P.C.) asunto este que resulta de capital importancia en la estructura misma del proceso"<sup>11</sup>.

- El proceso que acá se adelanta, tuvo su causa en la solicitud de los recurrentes para que esta Superintendencia ejerciera "[e]l deber legal de investigar las conductas que puedan constituir competencia desleal" y que tal deber legal "se deduce para la SIC, de lo dispuesto en los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998; en los artículos 2 y 52 del decreto 2153 de 1992; y, en los artículos 14 y 35 del Código Contencioso Administrativo".
- Por otra parte, es de recordar que la Resolución 9405 de 1999, fue expedida tras haberse adelantado una averiguación preliminar con base en los artículos 11 numeral 1º y 52 del Decreto 2153 de 1992, cuyo análisis arrojó como resultado la procedencia de abrir una investigación formal.

El artículo 11 numeral 1º del Decreto 2153 de 1992 establece que es función del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia "[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares sobre infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas señaladas en el numeral 10 del artículo 4º del presente decreto". A su vez, el numeral 10 del artículo 4º del mismo decreto, establece que la procedencia para iniciar investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal<sup>12</sup>, se presenta cuando las conductas que se investigan son significativas para el mercado<sup>13</sup>.

De las normas anteriormente mencionadas y particularmente del hecho de haberse adelantado una averiguación preliminar cuyo análisis determinó la

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995, Magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente No. 4460

<sup>12</sup> Por remisión del artículo 143 de la Ley 446 de 1998.

<sup>13</sup> Decreto 2153 de 1992, Artículo 2º. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

necesidad de realizar una investigación<sup>14</sup>, se concluye que la actuación adelantada ha correspondido a una investigación desarrollada en ejercicio de las funciones administrativas que le son propias a esta Entidad, pues como lo ha dicho la H. Corte Constitucional en la sentencia C-649-01 ya varias veces citada, la averiguación preliminar se adelanta únicamente cuando la Superintendencia ejerce facultades administrativas en competencia desleal, pues cuando excepcionalmente ejerce facultades jurisdiccionales, ésta no se presenta, toda vez que la posibilidad de abstenerse de dar curso a las quejas que no son significativas, es una potestad propia de la función administrativa.

Se concluye, entonces, que por las características propias de la naturaleza de la actuación adelantada, ésta respondió al desarrollo de las funciones administrativas que en materia de competencia desleal le otorgó la Ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, en lo referente al argumento esgrimido por los recurrentes según el cual al solicitarse en el artículo tercero de la resolución No 9405 de 1999, que las sociedades ORBITEL y ETB informaran si por los mismos hechos y entre las mismas partes se había iniciado acción de competencia desleal ante la jurisdicción ordinaria, este hecho evidenciaría que la actuación adelantada habría sido jurisdiccional y no administrativa, son procedentes los siguientes comentarios:

- La H. Corte Constitucional, en sentencia T-747-02, analizando un caso concreto en el que la Superintendencia de Industria y Comercio adelantaba una investigación administrativa y había citado en el encabezamiento y en los considerandos artículos que respaldan tanto funciones administrativas y jurisdiccionales, señaló:

*"Para esta Sala de Revisión, los pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el presente caso, están señalados y precisamente determinados como función administrativa, y las circunstancias apuntan en la misma dirección, luego no puede colegirse que son funciones jurisdiccionales por haberse adicionado la argumentación jurídica con la referencia a una ley sobre competencias jurisdiccionales. La sentencia C-415/02 hace muchas precisiones sobre la excepcionalidad de la función jurisdiccional, lo cual implica que la Superintendencia debe decir en cada caso si se trata de función administrativa o judicial, como lo hizo precisamente en la tramitación que origina la presente tutela".*  
(Negrillas y subrayado fuera del texto.)

<sup>14</sup> Decreto 2153 de 1992, Artículo 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación. (...) (subrayado fuera de texto)

- Con base en lo anterior, este Despacho no puede valorar el artículo 3º de la Resolución No 9405 del 27 de mayo de 1999 en una forma aislada a todo el contexto del proceso adelantado y afirmar, con base en esta sólo referencia a la resolución de apertura de investigación, que la actuación adelantada contra OCCEL y REY MORENO es jurisdiccional y no administrativa, pues una conclusión de este tipo desconocería la naturaleza y las características del proceso surtido. En efecto, tal y como se ha expresado, la Superintendencia no consideró que la petición elevada por ETB, ORBITEL y TELECOM diera lugar a vincular a los investigados al proceso jurisdiccional que se encontraba en curso en contra de la sociedad COMCEL, y por ello decidió adelantar una investigación diferente a la solicitada por los peticionarios, para lo cual ejerció el deber legal que le imponen las normas de adelantar una averiguación preliminar, para posteriormente abrir una investigación formal, por haber encontrado que había mérito para ello.
- El carácter jurisdiccional de un proceso no se puede determinar exclusivamente por el hecho de solicitar información a los peticionarios acerca de si existe o no un proceso jurisdiccional en curso, pues la existencia del mismo, en caso de presentarse, no inhibe la competencia de la Superintendencia para conocer del mismo en ejercicio de funciones administrativas. Distinto es si la misma petición de información se formula en un proceso jurisdiccional, en cuyo caso ésta se debe realizar antes de que se ordenara notificar al accionado del proceso, pues dado que la notificación de la acción traba la *litis*, si ya existe un proceso por los mismos hechos y con las mismas pretensiones ante otra autoridad jurisdiccional, el segundo proceso es nulo.
- Así las cosas, dado que en el presente caso la solicitud de información a que se ha hecho referencia se formuló cuando el proceso ya había sido abierto y que la misma se realizó en el curso de un trámite desarrollado en ejercicio de facultades administrativas, el alcance de dicha solicitud no es otro que el meramente informativo y, por lo tanto, tal solicitud no desdibuja la naturaleza administrativa del trámite y de la función ejercida.

## 2. La caducidad.

Establecido, como ha quedado expuesto, que el presente proceso es de carácter administrativo y que en tal sentido la Superintendencia de Industria y Comercio ejerció funciones administrativa en la investigación adelantada en contra de las sociedades OCCEL y REY MORENO, corresponde analizar si el artículo 38 del C.C.A. tiene aplicación dentro del presente proceso.

Frente a este punto, el apoderado de la sociedad ORBITEL argumenta que el artículo 38 del C.C.A. no tiene aplicación en los procesos que adelanta esta Superintendencia con base en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 pues, en su opinión, un proceso de este tipo *"sólo puede terminar con la sanción o con el otorgamiento de garantías por el investigado que permitan determinar que no se incurrirá de nuevo en la conducta investigada"*.

El Despacho no comparte la interpretación del recurrente arriba expuesta, por las

siguientes razones:

- Si bien es cierto que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 regula el procedimiento especial que la Superintendencia de Industria y Comercio debe seguir en los procesos por prácticas restrictivas de la competencia -aplicable por remisión a los procesos administrativos por competencia desleal<sup>15</sup>- no es menos cierto que dicha norma no abarca todas las eventualidades que en el trámite se pueden presentar.

Es así como el propio artículo 52, consiente de lo anterior y de lo inoficioso que sería reproducir todas las normas generales de la actuación administrativa, decidió hacer una remisión expresa a las mismas, disponiendo que *"en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo."* Es de anotar que el inciso final del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se encuentra en armonía con el inciso segundo del artículo primero del C.C.A., norma que establece que *"[l]os procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles."*

Como consecuencia de lo anterior, las normas generales de la parte primera del C.C.A. son aplicables a los procesos que en desarrollo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 adelanta esta Superintendencia, en lo no previsto en el mismo.

- Analizando el contenido del artículo 38 del C.C.A., se tiene que el mismo no es incompatible con el procedimiento establecido por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. Antes por el contrario, lo complementa al prever aspectos que éste no contempla.
- Pensar que el ejercicio de la competencia investigativa y sancionatoria del Estado puede ser ejercida en cualquier tiempo y sin límites y que un proceso de este tipo sólo puede terminar con un acto sancionatorio de la administración, o lo que es más grave, con un acto discrecional de un funcionario como es: la decisión de aceptar o no un ofrecimiento de garantías<sup>16</sup>, crea un riesgo jurídico inaceptable para los administrados, que tanto el Legislador, como el Constituyente rechazan, pues una posición que respalde la posibilidad ilimitada en el tiempo de imponer sanciones a los administrados, contraviene el principio de seguridad jurídica<sup>17</sup> que debe imperar en un Estado de derecho.
- Como consecuencia de lo anterior, el hecho de que el artículo 52 del Decreto

<sup>15</sup> Artículo 144 de la Ley 446 de 1998.

<sup>16</sup> Decreto 2153 de 1992, artículo 52. (...) Durante el curso de la investigación, el **Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta** por la cual se le investiga. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

<sup>17</sup> Al respecto se pueden consultar entre otros, las sentencias C-244-96 y OSSA ARBELAEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Primera Edición. Editorial Legis, página 598.

2153 de 1992 no se haya referido en forma expresa al fenómeno de la caducidad como una limitante para que el Estado ejerza sus competencias administrativas y sancionatorias, no implica que tal limitación no exista pues, se reitera, el propio artículo 52 prevé la aplicación de las normas del C.C.A. para suplir sus vacíos, al igual que también lo hace el artículo primero del C.C.A.

Establecido que el fenómeno de la caducidad tiene aplicación en las investigaciones administrativas que adelanta esta Superintendencia por competencia desleal, corresponde determinar si dicho fenómeno se presentó en el presente trámite.

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado, la caducidad *"ha sido definida por la doctrina y la jurisprudencia como "aquel fenómeno jurídico que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independiente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo; su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley que al señalar el término y el momento de su iniciación, precisa el término final invariable"*<sup>18</sup>.

Analizando los hechos investigados en el presente proceso frente a lo dispuesto por el artículo 38 del C.C.A., se tiene que éstos, por sus características, continuaron en el tiempo hasta el 25 de septiembre de 1999, por lo cual, independientemente de que la investigación administrativa se hubiera abierto con anterioridad, lo cierto es que los hechos objeto de investigación cesaron en esa fecha, siendo por tanto ésta la que se debe tener en cuenta para contabilizar el transcurso del tiempo necesario para verificar el acaecimiento de la caducidad.

Así las cosas, existiendo pruebas legalmente recaudadas en el expediente<sup>19</sup> que demuestran que los hechos objeto de investigación cesaron el 25 de septiembre de 1999,

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Consejero Ponente Dr.: Libardo Rodríguez Rodríguez. Fecha: Abril 2 de 1998. No. de Rad: 4438-98, citando la sentencia de 14 de julio de 1995, exp. núm. 5098, Consejero Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna.

<sup>19</sup> Testimonio del señor Lucio Enrique Muñoz Muñoz, vicepresidente técnico de Comcel S.A. recepcionado el doce (12) de noviembre de 2002, (folios 67 -75 expediente No1). *"PREGUNTA: Digale al Despacho en qué fecha comenzó OCCEL S.A. a prestar el servicio conocido como #124, y hasta cuando. RESPUESTA: Occel prestó el servicio de acceso al numeral 124 en diciembre de 1998 y tanto Comcel como Occel recibieron en septiembre de 1999 una comunicación de la compañía Rey Moreno indicando que a partir de esa fecha se suspendía el servicio de voz sobre IP. Con relación a eso tengo una copia de la comunicación. Se deja constancia que el Dr. Lucio Munoz adjunta copia de las comunicaciones dirigidas a por el presidente de Rey Moreno S.A. a Comcel/Occel en cuatro (4) folios y una comunicación dirigida a la secretaria general del ministerio de comunicaciones por Jaime Andrés Plaza F. apoderado de Comcel y Occel en dos folios."* (subrayado fuera de texto)

- Testimonio de señor Ernesto Rey Moreno, en su calidad de Presidente del Grupo Rey Moreno, recepcionado el doce (12) de noviembre de 2002 (folio 76-81 expediente No 1). *"PREGUNTA: Sírvase confirmar frente a la prueba documental obrante en folios 151 y 152 del expediente la fecha exacta de suspensión del servicio numeral 124 voz IP y adicionar la respuesta dada anteriormente, en el sentido de si Rey Moreno S.A. volvió a prestar el servicio numeral 124 voz IP. RESPUESTA: Agradezco que me refresque plenamente la memoria, y confirmo que tal como está en el documento que se me presenta, el servicio de valor agregado numeral 124 voz IP se dejó de prestar a partir de la 0 horas del día 25 de septiembre de 1999"* (subrayado fuera de texto)

la Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia para conocer los mismos e imponer eventuales sanciones a los investigados<sup>20</sup> el 25 de septiembre de 2002, por lo cual, habiendo transcurrido más de tres años desde cuando se produjo el acto investigado<sup>21</sup>, la conclusión a la que se llega es que en este proceso ha operado el fenómeno de la caducidad.

### 3 Procedencia del recurso de apelación.

En lo referente al recurso de apelación interpuesto en subsidio al de reposición, este Despacho no accede a lo solicitado, toda vez que de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del art. 50 del C.C.A.<sup>22</sup>, contra las decisiones de los superintendentes no procede recurso de apelación.

En relación con este tópico, se le aclara al apoderado de ORBITEL que el artículo. 148 de la ley 446 de 1996, modificado por el art. 52 de la ley 510 de 1999<sup>23</sup>, se refiere a los actos

- Memorial radicado con el No 98076472 177 del 1 de octubre de 1999, suscrito por el apoderado de Ocel S.A. anexando copia de la comunicación 01P-246 del 24 de septiembre de 1999, suscrita por Ernesto Rey Moreno, mediante la cual informa a Comcel S.A./ Ocel S.A. sobre la suspensión del servicio. (folios 149 a 153 expediente No 1 ).(subrayado fuera de texto)

<sup>20</sup> Frente a los efectos de la caducidad el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Este precepto legal - refiriéndose a la caducidad - establece condiciones respecto a la oportunidad en el tiempo para el ejercicio de las potestades sancionatorias, de manera que transcurrido el lapso establecido, las autoridades pierden competencia y por tanto, carecen de facultades para imponer sanciones.” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza. Radicación No. 931.

“ [la caducidad] es la consecuencia del vencimiento del plazo legal fijado a la Administración para investigar cuando se presente un hecho que pueda ocasionarla. (...) La caducidad administrativa, se produce en sede administrativa y se traduce, en lo que respecta a la misma Administración, en la pérdida de la competencia temporal.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia 3328 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

“... esta norma [artículo 38 del C.C.A. - se agrega] - consagra - de manera general la caducidad de la facultad que otorga la ley a las entidades administrativas para sancionar a los particulares, entre ellos las entidades bancarias, financieras de crédito, etc., cuando incurren en infracción del ordenamiento jurídico positivo. Para el efecto establece un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que se produce el acto infractor para que la administración imponga la sanción, salvo que exista norma especial que regule en forma diferente” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 18 de noviembre de 1994. Expediente No. 5460.

<sup>21</sup> Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. “*Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.*”

<sup>22</sup> Art. 50, numeral 2. “... No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamentos administrativos, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica”

<sup>23</sup> “*Los actos que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.*” (subrayado fuera de texto)

que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales, no de las administrativas, como lo es el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE**

**ARTICULO PRIMERO.** Confirmar la resolución No 2375 del 11 de febrero de 2004, por las razones expuestas en los considerandos del presente acto.

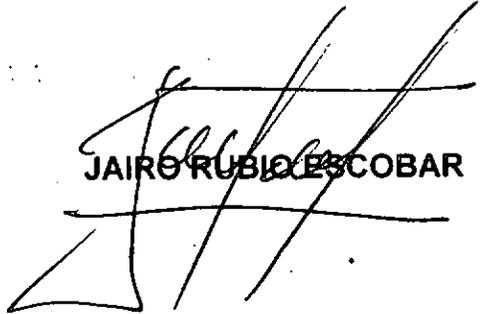
**ARTICULO SEGUNDO.** No conceder el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá.

**ARTICULO TERCERO.** Notificar el contenido de la presente resolución personalmente y, en su defecto, por edicto, a los doctores ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, apoderados de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P y ORBITEL S.A. E.S.P., respectivamente, entregándole copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D. C., a los 16 ABR. 2004

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**JAIRO RUBIO ESCOBAR**

Notificación:

Doctor  
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO  
C.C. 19.489.933 de Bogotá.  
T P. 38.447 del Consejo Superior de la Judicatura.  
Apoderado  
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.

Diagonal 68 No 11 A - 38  
Ciudad

Doctor  
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ  
C.C. 13.352.744  
T.P. 31.230  
Apoderado  
ORBITEL S.A. E. S. P.  
Calle 90 No 13 A - 31, piso 6  
Ciudad

