

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO****SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****RESOLUCIÓN NÚMERO 15214 DE 2005****( 28 JUN. 2005 )**

Por la cual son resueltas sendas solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2005, que ordena la práctica de pruebas de oficio.

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC**

En uso de sus facultades legales, en especial las establecidas en el artículo 4º, numeral 24 del Decreto 2153 de 1992 y,

**CONSIDERANDO:**

1. Que mediante Resolución número 02527 del 10 de febrero de 2005 el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, decretó de oficio la práctica de las pruebas señaladas en la parte resolutoria de dicho acto administrativo.
2. Que la anterior resolución fue comunicada por la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 10 de febrero de 2005, a las personas que a continuación son relacionadas, según consta en los folios 1517 a 1520 del cuaderno No 6 de la presente actuación, mediante envió de sendos avisos de notificación a través de correo certificado, a los cuales les fue adjuntando "...copia de la Resolución número 2527 expedida el 10/02/05", así:
  - a) Al doctor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, representante de ORBITEL S.A. E.S.P. (F. 1517).
  - b) Al doctor GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ, representante de ANDESCO (F. 1518).
  - c) Al doctor ANDRÉS TRUJILO MAZA, representante de BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) (F.1519).
  - d) Al doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, representante de COMCEL S.A. (F. 1520).
3. Que el Delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio recibido por el Superintendente Ad-hoc el 1º de marzo de 2005, según radicado número 2005-01-035776, remitió los originales de las comunicaciones enviadas por los doctores DARÍO ARANGO DÍEZ, en su calidad de segundo suplente del Presidente de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (antes Bellsouth Colombia S.A.), en la que solicita la revocatoria directa de la Resolución No. 2527 del 10 de febrero de 2005, y por el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE, en su condición de apoderado de COMCEL S.A., quien solicita decretar la nulidad de la misma resolución.
4. Que el mismo Delegado, a través oficio recibido por el Superintendente Ad-hoc el 15 de marzo de 2005, según radicado número 2005-01-050436, remitió el original de la

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

comunicación enviada por el doctor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, en su condición de apoderado de ORBITEL S.A., en la cual solicita rechazar las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad presentadas por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A., respecto de la resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2005.

5. Que con el fin de resolver las anteriores peticiones, el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc analizará y decidirá cada una de las anteriores peticiones, en el siguiente orden: primero hará una reseña de los argumentos esgrimidos por el representante y los apoderados de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., COMCEL S.A. y ORBITEL S.A. E.S.P y, posteriormente, serán expuestas las consideraciones este Despacho en relación con cada uno de tale argumentos, así:

#### **5.1 ARGUMENTOS DEL REPRESENTANTE DE TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

El doctor DARÍO ARANGO DÍEZ, en su calidad de segundo suplente del Presidente de Telefónica Móviles Colombia S.A., solicita la revocatoria directa de la Resolución N° 2527 del 10 de febrero de 2005, por cuanto en su concepto tal acto administrativo contradice lo previsto en la Constitución Política y en la ley. Al respecto argumenta:

##### **a) Inaplicabilidad del Código de Procedimiento Civil en los procedimientos administrativos y procedencia del recurso de reposición para impugnar la Resolución N° 2527 de 2005**

Aduce el mencionado solicitante que en el caso que nos ocupa no es aplicable la remisión que efectuó este Despacho al artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y 179 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la norma administrativa "...prevé que se seguirá lo previsto por el Código de Procedimiento Civil respecto de los "procesos y actuaciones que correspondan a la **jurisdicción en lo contencioso administrativo**", para lo cual hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo..."

Sobre la base del anterior análisis, concluye que la actuación que está adelantando el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, no corresponde a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, por lo que los supuestos del citado artículo 267 no so aplicables a la presente actuación.

En cuanto a la procedencia de recursos, manifiesta que la misma está reglada dentro del Código Contencioso Administrativo entre los artículos 49 a 58. Por lo tanto, bajo este supuesto tampoco es aplicable la regla prevista en el referido artículo 267, dado que la norma especial prima sobre la norma de carácter general. Señala, además, que dada la naturaleza de la Resolución 2527 de 2005, y en los términos del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, la misma si es susceptible de ser impugnada mediante recurso de reposición, para lo cual señala en apoyo doctrina nacional.

Indica el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., que si bien "...el Superintendente Ah-Hoc ha decretado una serie de pruebas para efectos de "tomar una decisión en este caso", lo cierto es que de dicha decisión se desprenden efectos que derivan en el nacimiento de una serie de situaciones de orden jurídico, que evidentemente tendrán impacto y significancia en la determinación que se adopte...", de suerte que dicho acto administrativo no puede ser calificado como de simple trámite o preparatorio.

Finalmente el solicitante arguye que la práctica de pruebas debe ajustarse a los mandatos superiores relacionados con el debido proceso y con el control de los actos que produce la administración, de lo cual extracta que la decisión expedida sí era impugnable en los

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

términos del Código Contencioso Administrativo y del artículo 29 de la Carta Política, de manera que al no permitirsele recurso alguno hubo abierto desconocimiento de los principios tutelares del debido proceso y del derecho de contradicción y esta situación demuestra el vicio de nulidad que adolece la Resolución 2527 de 2005 y fundamenta por sí sola la revocatoria directa de la misma.

**b) *Indebida notificación de la Resolución 2527 de 2005***

Señala el peticionario que de conformidad con los artículos 44, 45 y 61 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deben notificarse personalmente, previo el envío de la respectiva citación, o por edicto, condiciones éstas que no fueron cumplidas respecto de la Resolución N° 2527 de 2005, razón por la cual fue violado el principio de publicidad que legal y constitucionalmente gobiernan las actuaciones administrativas.

Agrega que el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo establece que en el acto de notificación deben indicarse los recursos que proceden y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la respectiva impugnación, aspectos que en el caso que nos ocupa tampoco fueron llevados a cabo, con lo cual fueron violados los principios de contradicción y de control de los actos administrativos y el artículo 48 del mismo código, según el cual sin el lleno de los anteriores requisitos no puede tenerse hecha la notificación, ni produce efectos la decisión.

En síntesis, aduce el peticionario que la Resolución 2527 de 2005 desconoció las normas legales y Constitucionales en que debía fundarse, lo que hace que el acto administrativo sea anulable y hace procedente la solicitud de revocatoria directa.

**c) *Impertinencia de las pruebas solicitadas***

Sobre este particular, el solicitante manifiesta que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con los artículos 34 y 57 del Código Contencioso Administrativo y 178 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas que sean decretadas y practicadas, deben guardar una estrecha relación con el asunto materia del proceso.

Señala que en el caso que nos ocupa, este Despacho decretó una prueba que no guarda relación con la verificación sobre el cumplimiento del esquema de seguimiento fijado en las resoluciones números 19444 de 2001, 23439 de 2001 y 26094 de 2001, toda vez que dichas resoluciones recaían sobre conductas acaecidas en los años 1997 y 1998 y el esquema de seguimiento de garantías vencía con anterioridad al 31 de agosto de 2003.

De otra parte, argumenta el peticionario, su representada y los demás operadores de telefonía móvil aseguraron el cese y modificación de las conductas reprochadas por la autoridad de control, y el Superintendente aceptó las garantías ofrecidas en tanto el esquema de seguimiento aseguraba que las conductas que sancionaban los numerales 1 y 2 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 desaparecerían y, por lo tanto, el bien jurídicamente tutelado por el régimen de competencia no sería vulnerado, dándose por clausurada la investigación a través de actos administrativos debidamente notificados, ejecutoriados y que gozan de la presunción de legalidad.

Además, precisa el solicitante, el esquema de seguimientote garantías no sólo fue el resultado del ofrecimiento efectuado por los operadores de telefonía móvil celular, sino que algunas órdenes fueron impuestas unilateralmente por la Superintendencia de Industria y Comercio, atendiendo criterios objetivos.

De acuerdo con lo anterior, afirma el solicitante, las pruebas decretadas por este

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

Despacho son impertinentes por recaer sobre hechos correspondientes a un período distinto del investigado, así como por la falta de correspondencia entre las pruebas solicitadas y la verificación que debe hacerse del cumplimiento al esquema de seguimiento, de suerte que pareciera que correspondieran mas bien a cualquiera de las peticiones de "reanudar" o "reabrir" la mencionada investigación. Que de ser ello cierto, este Despacho debe ajustar su actuación a lo que prescribe el debido proceso y a las reglas especiales para el trámite de esta clase de procedimientos, dentro de lo cual debería notificar un acto que decreta la apertura de la investigación y decretar las pruebas a que haya lugar.

Con base en lo antes expuesto, el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. solicita la revocatoria de la Resolución N° 2527 del 10 de febrero de 2005.

## **5.2 ARGUMENTOS DEL APODERADO DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A.**

El doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, en su calidad de apoderado del mencionado operador de telefonía móvil, solicita que este Despacho decreta la nulidad de la Resolución N° 2527 del 10 de febrero de 2005, con fundamento en los siguientes argumentos:

### **a) Nulidad del acto administrativo en virtud de los numerales 2° y 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.**

El mencionado apoderado transcribe los numerales 2° y 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y cita el artículo 29 de Constitución, con apoyo en la sentencia C-491/95 de la Corte Constitucional. A renglón seguido, señala nuevamente la nulidad del numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, esto es "Cuando el juez carece de competencia." Luego, transcribe parte de las facultades conferidas al Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc por el Decreto 2999 de 2003, modificado por el Decreto 1770 del 2 de junio de 2004.

Sobre la base del anterior marco normativo y jurisprudencial, el doctor MONTEALEGRE aduce que el Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc, no cuenta con todas las atribuciones del Superintendente de Industria y Comercio, sino con aquellas que expresamente le hayan sido conferidas en los mencionados decretos, las cuales transcribe a continuación.

Deduca el apoderado, de la anterior transcripción, que entre las atribuciones otorgadas al Superintendente Ad – hoc no está la facultad de ordenar pruebas de oficio, sino las de "decidir" y "resolver" en los términos transcritos, lo que evidencia que con la Resolución N° 2527 de 2005, actuó más allá de las facultades otorgadas y, además, que tampoco tiene facultades para "crear" una nueva etapa probatoria que no tiene cabida dentro de un proceso que está legalmente concluido. Posteriormente, el doctor MONTEALEGRE transcribe el numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, valga decir, "cuando el juez... revive un proceso legalmente concluido..."

Al respecto, el citado apoderado manifiesta que ha puesto de presente ante este Despacho, sin que el mismo haya querido admitirlo, que la actuación que está surtiéndose implica revivir un proceso legalmente concluido, habida cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio con la Resolución 19444 del 1° de junio de 2001, modificada por las Resoluciones 23439 del 19 de junio de 2001 y 26094 del 16 de agosto de 2001, concluyó la investigación y, por lo tanto, dichos actos administrativos tienen plena fuerza ejecutoria y están amparados por la presunción de legalidad.

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

En sustento de lo anterior, transcribe el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y manifiesta que mediante las citadas resoluciones fueron aceptadas las garantías y clausurada la investigación, de suerte que contra dichos actos administrativos no procede hoy en día ningún recurso. Agrega que decretar "*pruebas de oficio*" para resolver cuestiones atinentes a un proceso legalmente concluido equivale a revivirlo y ello afecta de nulidad la actuación, tal y como claramente lo señala el Código de Procedimiento Civil. En amparo de la anterior aseveración, transcribe de manera parcial lo manifestado por este Despacho en el escrito por medio del cual contestó la acción de tutela interpuesta por el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P.

**b) Nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución Política.**

Arguye el doctor MONTEALEGRE ESCOBAR que de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el trámite de una investigación por prácticas comerciales restrictivas consiste en adelantar una averiguación preliminar, o en abrir directamente una investigación. En el presente caso, ya no estamos frente a ninguna de las anteriores etapas, pues la actuación administrativa está clausurada.

Teniendo en cuenta lo anterior, afirma el citado apoderado, resulta evidente que las pruebas de oficio decretadas por el Superintendente Ad-hoc son improcedentes y violatorias del debido proceso, pues están dándose dentro de una "*actuación*" ajena al procedimiento legalmente previsto para la investigación de una práctica comercial restrictiva, ni está prevista en la ley la "*etapa de seguimiento de garantías*", por manera que las "*pruebas de oficio*", decretadas dentro de esta supuesta etapa, carecen de fundamento legal y por ello son violatorias del debido proceso y constituyen causal de nulidad. Agrega que no puede ningún funcionario de la rama administrativa, ni siquiera el Presidente de la República, modificar los procedimientos legalmente previsto, esto es, creando una etapa inexistente como la indicada.

Aduce que el pronunciamiento sobre el cumplimiento de las garantías no exige una providencia del Superintendente de Industria y Comercio, como equivocadamente se ha creído este Despacho, pues el proceso termina cuando son ofrecidas y aceptadas las garantías y queda ejecutoriada la providencia que las admite. De esta suerte, la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos es una tarea interna, no una etapa del procedimiento legal, que implica que si los investigados no cumplen lo ofrecido deben hacerse efectivas las garantías mientras estén vigentes y no cuando ya no existen, como en este caso.

Agrega, que la potestad sancionatoria del Estado está limitada por el término de caducidad señalado por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, norma que también está siendo desconocida habida cuenta que la fecha de los hechos investigados y, que aunque este Despacho ha manifestado que no *está abriendo de hecho la investigación*, ha actuado contrariamente dando trámite a solicitudes que están referidas a una actuación terminada y, adicionalmente, fundamentadas en situaciones y hechos ocurridos hace más de tres años.

Afirma el doctor MONTEALEGRE que las garantías que ofrecieron las sociedades investigadas fueron aceptadas por la SIC, y en ningún momento consistieron en tener una determinada estructura de costos fijos o variables, ni en cobrar un precio determinado. Por ello, no es procedente que este Despacho, mediante pruebas de oficio, pretenda información que ni siquiera formó parte de las garantías ofrecidas.

Finaliza diciendo el destacado profesional del derecho que si el Superintendente Ad-hoc estima necesario comparar la estructura de costos, fijos y variables asociados a las

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

llamadas entres las redes fija y celular, bastaría con remitirse al informe remitido por la CRT, citado por este Despacho en la Resolución N° 02527 de 2005, cuyos apartes transcribe.

Por todo lo expuesto, el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR solicita decretar la nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2003.

### **5.3 DE LA SOLICITUD PRESENTADA POR EL DOCTOR MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, APODERADO DE ORBITEL S.A. E.S.P.**

El doctor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P., solicita rechazar los recursos y la solicitud de nulidad interpuesta por COMCEL y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., por las siguientes razones:

#### **a) Comunicación de la resolución impugnada**

Manifiesta el citado apoderado que la resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2005 debía simplemente comunicarse a los interesados, como efectivamente lo hizo este Despacho, habida cuenta que la notificación personal sólo está prevista legalmente para los actos administrativos definitivos. Al respecto señala que el artículo 44 del C.C.A dispone que las decisiones que deben ser notificadas personalmente a los interesados son aquellas "*que pongan término a una actuación administrativa*". El artículo 61 ibídem hace referencia a los mismos actos y remite al citado artículo 44.

#### **b) El recurso de reposición es improcedente**

En relación con este aspecto, el mencionado apoderado aduce que contra la precitada resolución no procede ningún tipo de recurso de conformidad con lo previsto en el artículo 49 del C.C.A., según el cual "*no habrá recursos contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución, excepto en los casos previstos en norma expresa.*"

Argumenta que el auto que decreta pruebas de oficio en forma alguna puede considerarse como un acto definitivo, pues tal decisión constituye simplemente un medio para poder proferir el acto definitivo, que es aquel que resolverá el cumplimiento de las garantías. Como soporte de sus afirmaciones trae a colación el concepto No 595 del 25 de octubre de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Agrega el doctor BERMÚDEZ MUÑOZ que aceptar la posición de los recurrentes, según la cual la resolución cuestionada no puede considerarse un acto de trámite, implicaría considerar que toda decisión proferida en el curso de un proceso administrativo, es una decisión definitiva y recurrible. Finalmente, reitera que los apartes citados por el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., referidos a la procedencia del recurso de reposición, son atinentes a los actos administrativos en firme, mas no a los de trámite.

#### **c) Legalidad del decreto oficioso de pruebas**

Arguye el citado apoderado que la facultad de decretar pruebas en la presente investigación, tiene pleno fundamento en el artículo 34 del C.C.A., de acuerdo con el cual "*durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.*"

Añade que en el presente caso no está creándose una nueva etapa probatoria no

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

contemplada dentro del proceso, como lo afirma la sociedad COMCEL S.A., habida cuenta que si bien fue proferida una resolución de terminación de la investigación, dicho acto administrativo está sujeto a decaimiento en el evento en que pueda acreditarse que el investigado no dio cumplimiento a su compromiso de suspender la conducta imputada. Por lo tanto, las pruebas decretadas para verificar este aspecto son claramente legales y están sustentadas en la disposición anteriormente citada, por cuanto no puede deducirse que cuando es terminada una investigación por aceptación de garantías, sea improcedente practicar pruebas para determinar si efectivamente el investigado suspendió la ejecución de la conducta censurada.

**d) Pertinencia de las pruebas decretadas**

Señala el precitado apoderado que, tal como fue señalado en la providencia que decretó las pruebas de oficio, de los informes suministrados por las mismas empresas investigadas puede deducirse que las mismas han continuado incurriendo en una de las conductas que les fueron imputadas, que consistió en fijar tarifas discriminatorias para el servicio móvil – fijo respecto de las fijadas para el servicio fijo – móvil.

Adiciona, diciendo que las pruebas en cuestión tienen por objeto determinar si - por costos - la diferencia existente entre dichas tarifas es justificada o no, tal como lo señaló la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES (CRT). Por consiguiente, le corresponde a la Superintendencia decretar las pruebas que estime necesarias para saber si efectivamente los investigados cumplieron su compromiso con posterioridad a la resolución que aceptó las garantías.

Concluye diciendo el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P., que no es cierto, como lo expresa el apoderado de COMCEL S.A., que el informe de la CRT sea suficiente para determinar si hubo cumplimiento por parte del investigado, pues dicha Comisión repitió lo que dijo al solicitar la apertura de la investigación, donde señaló que la diferencia entre las tarifas podría justificarse en los costos relativos a facturación y recaudo, sin realizar ningún tipo de indagación sobre estos aspectos, que son precisamente los que pretende averiguar el Superintendente Ah-hoc con las pruebas de oficio.

**5.4 CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

**5.4.1 RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DEL REPRESENTANTE DE TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

**a) En relación con la inaplicabilidad del Código de Procedimiento Civil en los procedimientos administrativos y la procedencia del recurso de reposición para impugnar la Resolución N° 2527 de 2005.**

Según el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., en el caso que nos ocupa no es aplicable la remisión que efectuó este Despacho al artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y 179 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la actuación que está adelantando el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc no corresponde a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Adicionalmente, arguye, que de conformidad con los artículos 49 y 58 del Código Contencioso Administrativo sí es procedente el recurso de reposición.

**Consideraciones del Despacho frente a los anteriores argumentos**

Por lo que corresponde a que las normas del Código de Procedimiento Civil no son aplicables al caso sometido a decisión del Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc, debemos manifestar que el Código Contencioso Administrativo, entendiendo por éste el conjunto de normas que regulan de manera completa, metódica, sistemática y

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

coordinada las instituciones constitutivas del derecho administrativo,<sup>1</sup> está conformado por dos Partes:

- La Primera, que dice relación a los **procedimientos administrativos** y a la vía gubernativa.
- La Segunda, que trata de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En relación con los **procedimientos administrativos** de que trata el Libro Primero, de la Parte Primera del citado código, la Corte Constitucional en sentencia T- 552 de 1992,<sup>2</sup> precisó:

*"El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada, comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general. [Subrayado Extratextual]*

**Resultan inútiles, para la definición del objeto del derecho fundamental al debido proceso administrativo, el detenerse en distinciones tales como las de "procedimiento" por oposición a "proceso", según las cuales el primero es el conjunto de modos como se va desarrollando el segundo, o que éste es la unidad o totalidad de la actuación, mientras aquel toma los actos procesales en sí mismos y no el proceso.**

*En realidad, lo que debe entenderse por "proceso administrativo" para los efectos del artículo 29 de la Constitución Política, es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. **Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa**, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con la disposición que de ellos realice la ley." [Negrilla Extratextual]*

El texto transcrito, demuestra claramente cómo, para los efectos de la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo, resulta equivalente hablar de "**procedimientos**" o de "**procesos**" administrativos. Por lo tanto, es sobre la base de la anterior premisa que debe analizarse el argumento propuesto por el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Veamos:

El texto completo del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo – no parcial como lo cita el peticionario –, prevé:

*"Art. 267.- Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo." [Lo subrayado es nuestro]*

De la simple lectura del texto reproducido, puede colegirse sin mayores disquisiciones que el Código de Procedimiento Civil es aplicable cuando existan vacíos en el Código Contencioso Administrativo **en su totalidad**<sup>3</sup> y no sólo en los aspectos relacionados con la jurisdicción en lo contencioso administrativo, como erróneamente lo interpreta el peticionario.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-552 del 7 de octubre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein.

<sup>3</sup> "Artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.- "En los aspectos no contemplados en este Código..."

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

En efecto, la norma es clara en señalar que lo no contemplado en el Código Contencioso Administrativo, debe regirse por lo establecido sobre el particular en el Código de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza de:

- Los **procesos**, entendiéndose por tales, según lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-552 del 7 de octubre de 1992, los contemplados en la Parte Primera del C.C.A., y
- Las actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Yerra por consiguiente el peticionario al comentar que, cuando el citado artículo alude a "...la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo", la "y" contenida en la norma sea copulativa, mas no disyuntiva como debe comprenderse a la luz de la referida sentencia y del método sistemático de interpretación legal.

Riñe con el intelecto pretender que el legislador sólo quiso llenar los vacíos del Código Contencioso Administrativo relacionados sólo con su Parte Segunda, dejando al garete los vacíos que pudieran presentarse en relación con los procesos administrativos de que trata la Parte Primera, ibídem.

Que el artículo 267 cobija *todas las Partes del Código Contencioso Administrativo* y no sólo una de ellas, lo corrobora la Corte Suprema de Justicia en el fallo de exequibilidad de dicho artículo<sup>4</sup>, al señalar claramente que la remisión allí establecida, como es la aplicación de sus normas **en casos de vacíos**, no es contraria a la Carta, pues tal como lo tenía definido de tiempo atrás dicha corporación, el constituyente no determinó que materias o asuntos debía contener cada uno de los códigos, de manera que correspondía al legislador autónomamente definir los aspectos que considerara propios de cada uno de ellos.

Precisa la Corte, en el citado fallo, que no rompe el orden jurídico el hecho de que el **Código Contencioso Administrativo** [no habla de una sola de sus partes] remita al Procedimiento civil cuando existen vacíos **en los aspectos no contemplados en el mismo**, ya que no puede olvidarse que tal orden jurídico tiene una base común, que es la Constitución Política y en consecuencia **todo él** [el Código] está imbricado y relacionado (sentencia de agosto 23 de 1984). Además, tratándose de estatutos procesales, el Código de Procedimiento Civil ha sido y sigue siendo considerado a manera de una matriz, para lo cual basta observar como que el Código-penal, comercial y laboral remiten a él.

Más adelante la citada Corporación manifiesta que, pretender que en un estatuto como es el Código Contencioso Administrativo sean reguladas absolutamente todas las situaciones que pueden presentarse, no es solamente imprudente sino también innecesario, pues por más completo y perfecto que sea un código en su materia, siempre podrán presentarse situaciones que no están contempladas, por lo que para resolverlas hay que acudir a este principio general de derecho que es la analogía y que es precisamente lo que estatuye el artículo 267, que brinda para ello el aporte del Código de Procedimiento civil.

Para no ahondar más en este tema, traemos como prueba irrefutable y contundente de que las normas del Código de Procedimiento Civil sí son aplicables de manera integral a los vacíos que presente el Código Contencioso Administrativo - y no sólo a los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo -, **el hecho de que el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, apoderado de**

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 88 del 18 de Agosto de 1988, Magistrados Ponentes Jaime Sanín Greiffenstein Y Jairo E. Duque Pérez.

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

**COMCEL S.A., sociedad que igualmente constituyó garantías, está acudiendo a normas del estatuto procesal civil para fundamentar las razones por las cuales considera que este Despacho debe dejar sin efectos la Resolución 02527 del 10 de febrero de 2005, tal como será analizado más adelante.**

Así las cosas, no cabe duda alguna en cuanto que en el caso que nos ocupa es totalmente aplicable el Código de Procedimiento Civil, habida consideración que el Código Contencioso Administrativo, en relación con las pruebas de oficio que estableció en su artículo 34, no contempla procedimiento especial para su práctica y, ante este vacío, no queda camino distinto que llenarlo tal como lo prevé el artículo 267 del C.C.A.

De acuerdo con lo analizado, este argumento no prospera.

En cuanto al segundo argumento de este acápite, según el cual en el presente caso sí procede el recurso de reposición al tenor de lo previsto en los artículos 49 a 58 Código Contencioso Administrativo, también habrá de rechazarse por las siguientes razones:

Primero, porque estamos frente a la práctica de pruebas oficiosas establecida en el artículo 34 del C.C.A. y este estatuto no regula el tema, de suerte que por expreso mandato legal debemos remitirnos a lo que sobre el particular consagra el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, tal como ha quedado visto.

Segundo, por cuanto bajo la hipótesis del representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., tampoco sería procedente el recurso que echa de menos, pues tal como lo ha señalado en numerosas oportunidades la jurisprudencia nacional y lo anota el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P., esta prueba comporta un acto de trámite y el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo es claro en señalar que contra los actos de trámite no procede recurso alguno.

Ahora, en cuanto a la afirmación del representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. según la cual, si bien *"...el Superintendente Ad-Hoc ha decretado una serie de pruebas para efectos de "tomar una decisión en este caso", lo cierto es que de dicha decisión se desprenden efectos que derivan en el nacimiento de una serie de situaciones de orden jurídico, que evidentemente tendrán impacto y significancia en la determinación que se adopte..."* y, por tanto, el acto administrativo cuestionado no puede ser calificado como de simple trámite o preparatorio, este Despacho considera necesario recordar que las pruebas oficiosas ordenadas tienen como finalidad aclarar **los informes que fueron remitidos por las propias sociedades investigadas en cumplimiento de las garantías otorgadas.**

Luego, mal puede argüir que las pruebas oficiosas ordenadas deriven en el nacimiento de nuevas situaciones, cuando la verdad es que lo solicitado tiene su génesis en pruebas documentales suministradas por las propias compañías que otorgaron las garantías. En otras palabras, en las tarifas que fueron reportadas durante el período de dos (2) años, en ese entonces, por COMCEL, OCCEL, CELCARIBE y BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.)

De esta suerte, la prueba oficiosa pedida lo único que pretende es precisar la información remitida en cuanto a los factores que llevaron a las citadas empresas a cobrar las tarifas que fueron reportadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de Los compromisos ofrecidos.

En relación con el tercer argumento, conforme al cual la práctica de pruebas debe ajustarse a los términos del Código Contencioso Administrativo y al artículo 29 de la Carta Política, este Despacho manifiesta que en ningún momento ha violado ningún precepto constitucional o legal, por las siguientes razones:

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

- Es un hecho incontrovertible que, de conformidad con el ARTÍCULO PRIMERO del Decreto No. 1770 del 2 de junio de 2004, el Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc, no solo quedó investido de facultades para decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas fue adelantada contra las empresas, de ese entonces, COMCEL, OCCEL, CELUMÓVIL y CELCARIBE, sino también para **“...resolver las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro.”**
- También es conocido por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A. que en relación con el expediente 98075313 existen sendas peticiones presentadas por ANDESCO y ORBITEL S.A. E.S.P. que, en virtud de lo consagrado en el mencionado ARTÍCULO PRIMERO del Decreto 1770 del 2 de junio de 2004, este Despacho está en la obligación legal de resolver.
- No cabe duda alguna que dichas peticiones tienen relación directa con el expediente 98075313 y, por consiguiente, este Despacho debe verificar si efectivamente lo que aseveran ANDESCO y ORBITEL S.A. E.S.P. es verdad, valga decir, que las empresas que constituyeron las garantías no cumplieron con los compromisos ofrecidos.
- Por ende, es obvio que para verificar el cumplimiento de los precitados compromisos el Superintendente Ad – Hoc necesariamente debe examinar la información que CELUMÓVIL, COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.) le suministró a la SIC, durante dos (2) años.

Al respecto, cabe recordar que dentro de las obligaciones fijadas a las empresas investigadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución 19444 de 2001, quedó establecida, entre otras, la siguiente:<sup>5</sup>

*“El máximo órgano social colegiado o la junta directiva, deberá adoptar y aprobar el procedimiento a seguirse para la determinación de la tarifa por concepto de uso de la Red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) aplicable a los operadores de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBC), que realicen llamadas hacia los abonados de la RTMC, el cual incluirá el proceso interno de decisión y la identificación de todos los parámetros y criterios que serán tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas.” [Lo subrayado es nuestro]*

Pues bien, justamente al efectuar la correspondiente revisión de la información enviada periódicamente por las empresas que fueron investigadas, y en aras de decidir de fondo las peticiones de ANDESCO y ORBITEL S.A. E.S.P, este Despacho encontró que la misma no identifica todos los parámetros y criterios de fueron tenidos en cuenta para determinar las tarifas cobradas durante la vigencia de las garantías.

Debido a lo anterior, inequívocamente este Despacho está en la obligación legal de solicitar todos los parámetros y criterios utilizados para establecer las tarifas cobradas, para lo cual acudió a la facultad consagrada en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor: *“Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”* [Subrayado Extratextual].

Luego, es evidente que en este caso, lejos de haber sido violada una disposición legal, lo que este Despacho hizo fue atender el precepto contenido en la misma.

De otro lado, en cuanto a haberse violado el derecho fundamental al debido proceso

<sup>5</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 19444 del 1 de junio de 2001, página 14, numeral 4.1, literal a.

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

consagrado el artículo 29 de la Carta Política, debemos manifestar que esta afirmación está fuera de lugar, toda vez que es indiscutible cómo, contrario a lo alegado por el representante legal de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., lo que este Despacho está haciendo es dar una oportunidad a las sociedades que fueron investigadas de desvirtuar las conductas que les atribuyen ANDESCO y ORBITEL S.A.

Resultaría por demás ilógico que, estando dándose una oportunidad de defensa a las sociedades que fueron investigadas, sean éstas las que quisieran impedir el conocimiento de una información necesaria para determinar el cumplimiento de los compromisos adquiridos que, por demás, estaban en la obligación de allegar a la Superintendencia de Industria y Comercio durante la vigencia de las garantías, tal como quedó arriba demostrado.

En resumen, la petición de las cuestionadas pruebas de oficio no vulneran la Constitución ni la ley, pues conforme ha quedado demostrado, lo único que el Superintendente de Industria y Comercio Ad- Hoc hizo fue atender el mandato contenido en el citado artículo 34, insistimos, con el fin de resolver los derechos de petición de ANDESCO y de ORBITEL S.A. E.S.P. y, a la par, garantizar una vez más el derecho de defensa y al debido proceso que le asisten CELUMÓVIL, COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.), conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución Política. Aspecto diferente es que estas sociedades renuncien a tales derechos.

Por lo expuesto, los argumentos bajo estudio no son de recibo.

***b) En cuanto a la Indevida notificación de la Resolución N° 02527 de 2005***

Señala el peticionario que de conformidad con los artículos 44, 45 y 61 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deben notificarse personalmente.

***Consideraciones del Despacho frente al anterior argumento***

Ha quedado demostrado que la Resolución 02527 del 10 de febrero de 2005 no está decidiendo directa o indirectamente de fondo las sendas peticiones de ANDESCO y de ORBITEL S.A. E.S.P. ni tampoco lo correspondiente a la terminación de la etapa de seguimiento de las garantía. Por el contrario, está ordenando unas pruebas de oficio tendientes a resolver tales asuntos, es decir, sólo está dándole impulso a la actuación administrativa en los términos del artículo 34 del C.C.A.

De acuerdo con lo anterior, no son necesarias mayores disquisiciones para concluir que estamos frente a un acto de mero trámite - tal como tinosamente lo señala el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P. - y no ante un acto definitivo que haga imposible continuar la actuación.

Por consiguiente, al tenor de los artículos 44, 45 y 61 del Código Contencioso Administrativo la resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2005 no requería de notificación personal, como equivocadamente lo aduce el representante legal de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Por la misma razón, es decir, por tratarse de un acto de mero trámite, contra dicho acto administrativo no cabe recurso alguno, bien sea por vía del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, ora del artículo 49 del Código contencioso Administrativo.

No procediendo recurso alguno, la citada resolución es una providencia de COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE, mas no de notifíquese, y esto fue lo que este Despacho ordenó, tal como lo puede verificar el peticionario en el texto de la misma.

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

Ahora bien, lo dispuesto en el mencionado acto administrativo fue cumplido perfectamente por este Despacho, garantizando de esta forma el debido proceso, toda vez que procedió a COMUNICAR la solicitud de pruebas a través de la Secretaría General de la Superintendencia de Industria y Comercio, según consta a folios 1517 a 1520 del cuaderno No 6 de la actuación que nos ocupa, dependencia que envió por correo certificado el 10 de febrero de 2005, a las personas que a continuación son relacionadas, los respectivos avisos, adjuntando a los mismos **"...copia de la Resolución número 2527 expedida el 10/02/05"**:

- a) Al doctor MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, representante de ORBITEL S.A. E.S.P. (F. 517).
- b) Al doctor GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ, representante de ANDESCO (F. 518).
- c) Al doctor ANDRÉS TRUJILLO MAZA, representante de BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) (F.519).
- d) Al doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, representante de COMCEL S.A. (F. 520).

Tan real y efectiva ha sido en este caso la garantía constitucional del debido proceso, que estando dentro del término de los 10 días concedidos por este Despacho para presentar las pruebas solicitadas, el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P. solicitó ampliación de dicho término, el cual le fue concedido por este Despacho no sólo a dicho mandatario **sino también a los representantes de COMCEL y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, mediante Resolución 04758 del 4 de marzo de 2005.

Por lo expuesto, en el presente evento no ha existido indebida notificación, pues, reiteramos, no estamos frente a una providencia de notifíquese sino de comuníquese y la providencia fue comunicada en forma legal, salvaguardándose así el debido proceso.

Por misma razón, el acto administrativo impugnado no carece de eficacia jurídica, ni desconoció las normas en que debía fundarse, como erróneamente lo predica el peticionario, motivo por el cual tampoco es anulable.

En suma, yerra el peticionario al pretender una revocatoria directa, según él, por una falta de notificación personal o mediante edicto, que no procedía en este caso, tal como ha quedado plenamente demostrado.

**c) En relación con la impertinencia de las pruebas solicitadas**

El solicitante aduce que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 34 y 57 del Código Contencioso Administrativo y 178 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas decretadas y practicadas deben guardar una estrecha relación con el asunto materia del proceso y, en este caso, fue decretada una prueba que no guarda relación con la verificación sobre el cumplimiento del esquema de seguimiento fijado por la SIC en las resoluciones números 19444 de 2001, 23439 de 2001 y 26094 de 2001, pues dichas resoluciones recaían sobre conductas acaecidas en los años 1997 y 1998 y el esquema de seguimiento de garantías vencía con anterioridad al 31 de agosto de 2003.

De lo anterior, el solicitante concluye que las pruebas decretadas por este Despacho son impertinentes y mas bien pareciera que correspondieran a cualquiera de las peticiones de "reanudar" o "reabrir" la mencionada investigación.

**Consideraciones del Despacho frente a los anteriores argumentos**

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

Además de lo dicho en las consideraciones a los argumentos aludidos en el literal a) del presente numeral, respecto de los anteriores argumentos resulta pertinente recordar que el Decreto N° 1770 del 2 de junio de 2004, le otorgó competencia al Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc "...para decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se adelantó contra las Empresas COMCEL-OCCEL, CELUMOVIL y CELCARIBE y resolver las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro." Veamos, entonces si las pruebas decretadas desbordan la anterior competencia:

En la Resolución N° 2527 del 10 de febrero de 2005, fue realizado el siguiente análisis para motivar la práctica de las cuestionadas pruebas de oficio:

"Tercero: que de acuerdo con lo establecido en las Resoluciones Nos 19444 del 1° de junio de 2001 y 23439 del 19 de julio del mismo año, las empresas investigadas, hoy COMCEL, OCCEL, CELCARIBE y BELLSOUTH COLOMBIA S.A., durante los años en que les correspondió mantener garantías, remitieron a la Superintendencia de Industria y Comercio muestras aleatorias e informes impresos de las tarifas aplicables en los planes comerciales para llamadas fijo - móvil y móvil - fijo. Los últimos informes recibidos por esta Superintendencia, dan cuenta que las citadas empresas aplicaron para el año 2003, para las condiciones de comercialización de sus servicios, a los suscriptores y usuarios para usuarios fijo - móvil (minuto), las siguientes tarifas:

BASES DE DATOS ACTUALIZADA COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (Año 2003)

ZONA	OPERADORES	TARIFA DE FIJO A CELULAR (Incluye Cargos de acceso, Transporte de llamada y LDN)	
		Día	Noche
ORIENTE	Todos los operadores	\$9	\$9
OCCIDENTE	Todos los operadores	\$9	\$9
CELCARIBE	Todos los operadores	\$9	\$9

Fuente: Documentos aportados por COMCEL S.A. a la Superintendencia de Industria y Comercio - Folio 351 de la actuación adelantada por el Superintendente de Industria y comercio Ad-hoc.

BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (año 2003)

TARIFA DE FIJO A CELULAR	\$9
--------------------------	-----

Fuente: Documentos aportados por BELLSOUTH COLOMBIA S.A. a la Superintendencia de Industria y Comercio - Folio 366 de la actuación adelantada por el Superintendente de Industria y comercio Ad-hoc.

Cuarto: que si bien es cierto la información allegada periódicamente por las sociedades investigadas señalan los factores tenidos en cuenta para fijar las tarifas de las llamadas originadas en la RTPBC y dirigidas hacia la RTMC (fijo - móvil) y viceversa, no es menos exacto que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ni a la Superintendencia de Industria y Comercio conocen los **valores desagregados que, de acuerdo con la estructura de costos fijos y variables, conforman el precio de las tarifas** señaladas en el literal anterior, las cuales son superiores a las tarifas fijadas para las llamadas originadas en la RTMC y encauzadas hacia la RTPBC (móvil - fijo).

Que de acuerdo con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc no dispone de los suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que en este caso corresponde, razón por la cual **"EXISTE LA NECESIDAD DE CONTAR CON INFORMACIÓN QUE PERMITA ESTABLECER"**, tal como lo puntualizó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el estudio elaborado en marzo de 1999, los siguientes aspectos:

- "TARIFAS REALES
- COSTOS DE FACTURACIÓN
- COSTOS DE RECUADO"

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

Por consiguiente, ante la exigencia probatoria de contar con la anterior información, este Despacho solicitará y decretará las siguientes pruebas de oficio: "

También ha quedado arriba demostrado que entre las obligaciones fijadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 19444 de 2001, a las empresas investigadas, quedó la siguiente:<sup>6</sup>

*"El máximo órgano social colegiado o la junta directiva, deberá adoptar y aprobar el procedimiento a seguirse para la determinación de la tarifa por concepto de uso de la Red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) aplicable a los operadores de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBC), que realicen llamadas hacia los abonados de la RTMC, el cual incluirá el proceso interno de decisión y la identificación de todos los parámetros y criterios que serán tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas." [Lo subrayado es nuestro]*

Como puede observarse, las pruebas de oficio solicitadas – contrario a lo señalado por el representante de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. – sí guardan estrecha relación con el trámite que debe decidir el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, pues con las mismas este Despacho busca evidenciar los parámetros y criterios que tuvieron en cuenta las sociedades investigadas para establecer las tarifas cobradas durante los dos (2) años, tarifas éstas que fueron reportadas a la SIC con el ánimo de demostrar que estaban cumpliendo con los compromisos prometidos.

En este sentido, es el propio representante legal de TELEFÓNICA MÓVILES S.A. quien admite que si bien la SIC aceptó las garantías, no es menos cierto que había que hacérsele un seguimiento y verificación al esquema ofrecido por las empresas investigadas con el propósito de asegurar que las conductas objeto de sanción desaparecerían y por lo tanto el bien jurídicamente tutelado por el régimen de competencia no sería vulnerado. (Página 6 de su escrito).

Pues, precisamente, lo que está haciendo el Superintendente Ah – hoc, al ordenar las pruebas en cuestión, es verificar el cumplimiento de lo que ofrecieron las sociedades investigadas, pues a ello ha obligado el examen de la información que fue remitida, tal como quedó ampliamente demostrado en la Resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2005 y ha sido expuesto a lo largo de esta providencia.

En cuanto que en la parte resolutive de la Resolución N° 19444 de 2001 fue decido "Ordenar la terminación de la investigación abierta mediante resolución 8307 de 1999", este Despacho debe otra vez recalcar lo que al respecto ha puesto de presente en innumerables ocasiones, valga decir, que sin perjuicio de lo anterior el ARTÍCULO CUARTO de la parte resolutive de dicho acto administrativo también fue previsto lo siguiente: *"El fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive, es fundamento para la terminación de esta investigación, en los términos del artículo 66 del código contencioso administrativo."*

Siendo, entonces, que lo que este Despacho está verificando es el fiel cumplimiento de lo dispuesto en la parte considerativa y resolutive de la Resolución N° 19444 de 2001, queda absolutamente demostrado que las pruebas de oficio solicitadas sí guardan una estrecha y directa relación con los informes periódicos remitidos durante dos (2) años a la SIC y, que contrario a lo que señala el peticionario, no corresponden a una investigación distinta sino a la verificación y seguimiento de lo ofrecido por las sociedades que fueron investigadas, compromisos que quedaron consignados en la citada resolución 19444.

En otras palabras, no puede evadirse la entrega de las pruebas solicitadas de oficio, bajo el argumento de que son impertinentes, toda vez que las mismas constituyen la fuente de

<sup>6</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 19444 del 1 de junio de 2001, página 14, numeral 4.1, literal a.

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

las tarifas que fueron informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por COMCEL S.A. (Folio 351 de la actuación ante el Superintendente Ad- hoc) y BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) (Folio 366 ibídem).

Queda así probado que las pruebas decretadas sí son absolutamente pertinentes y conducentes, habida cuenta que lo único que hacen es ampliar y precisar la información que periódicamente habían remitido la SIC las sociedades que ofrecieron garantías.

De acuerdo con todo lo expuesto, la petición de revocatoria impetrada por el representante legal de TELEFÓNIOCA MÓVILES COLOMBIA S.A. resulta improcedente, razón por la cual habrá de denegarse.

#### **5.4.2 DE LOS ARGUMENTOS DEL APODERADO DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A.**

Tal como quedó arriba señalado, el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, apoderado del mencionado operador de telefonía móvil, solicita que este Despacho decrete la nulidad de la Resolución N° 2527 del 10 de febrero de 2005, por cuanto en su sentir están dadas las causales de los numerales 2 y 3 del artículo 140 del C.P.C. y ha sido trasgredido el artículo 29 de la Carta Política. En consecuencia, procede este Despacho a estudiar cada uno de sus argumentos, así:

##### **a) En relación con la nulidad del acto administrativo por quebrantamiento de los numerales 2 y 3 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.**

Por lo que toca con la causal indicada en el numeral 2° del artículo 140 del C.P.C., el doctor MONTEALEGRE arguye que el Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc no cuenta con todas las atribuciones del Superintendente de Industria y Comercio, sino con aquellas que expresamente le fueron conferidas en los decretos 2999 de 2003, modificado por el Decreto 1770 del 2 de junio de 2004. Por consiguiente no está facultado para ordenar pruebas de oficio, sino las de “decidir” y “resolver” en los que señalan tales decretos, lo que evidencia que con la Resolución N° 2527 de 2005, actuó más allá de las facultades otorgadas y, además, que tampoco tiene facultades para “crear” una nueva etapa probatoria dentro de un proceso que está legalmente concluido.

Respecto de la causal señalada numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, indica que ha puesto de presente ante este Despacho, sin que este Despacho haya querido admitirlo, que la actuación que está surtiéndose implica revivir un proceso legalmente concluido y, por lo tanto, contra los actos administrativos que así los dispusieron no procede hoy en día ningún recurso, de tal suerte que decretar “pruebas de oficio” para resolver cuestiones atinentes a un proceso legalmente concluido equivale a revivirlo y ello afecta de nulidad la actuación.

##### **Consideraciones del Despacho frente a los anteriores argumentos**

Por lo que toca con la nulidad de la Resolución 02527 de 2005, por estar frente a las causales 2 y 3 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, este Despacho considera pertinente recordar que la jurisprudencia ha sido pacífica en el sentido precisar que el artículo 140 del C.P.C. establece que la nulidad debe interponerse contra el proceso o parte de éste, pero no admite la solicitud de nulidad de una providencia.

En apoyo de la anterior afirmación, traemos a colación lo expuesto sobre este particular por el Tribunal Superior de Bogotá en auto del 12 de enero de 1993, M.P. Doctor Luis Miguel Carrión Jiménez, en el que fue dicho:

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

*"Las providencias judiciales no son atacables mediante los trámites procesales de las nulidades. Por ello resuelta impropio y ajeno a la técnica procesal solicitar la nulidad de un auto."*

Teniendo en cuenta que el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, apoderado de COMCEL S.A. solicita la nulidad de la Resolución 02527 del 10 de febrero de 2005, basado en las causales de nulidad 2 y 3 arriba comentadas, tal petición habrá de rechazarse de plano, pues contraría abiertamente el inciso primero del artículo 140 del C.P.C., según el cual las causales de nulidad sólo pueden invocarse para atacar el proceso en todo o en parte y no para solicitar la nulidad de una providencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en aras de garantizar el principio de contradicción, este Despacho considera pertinente precisarle al destacado apoderado lo siguiente:

- En cuanto que este Despacho carece de competencia para ordenar pruebas de oficio en esta investigación, solicitamos remitirse a las consideraciones expuestas en el numeral 5.4.1, literales a) y c) de esta providencia, especialmente al ARTÍCULO PRIMERO del Decreto No. 1770 del 2 de junio de 2004, a través del cual fue facultado el Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc, no solo para decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas fue adelantada contra las empresas, de ese entonces, COMCEL – OCCEL, CELCARIBE y CELUMÓVIL, sino también para ***"...resolver las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro."***
- Que no debe olvidarse que al expediente 98075313 están vinculadas las sendas peticiones presentadas por ANDESCO y ORBITEL S.A. E.S.P y, por lo tanto, con fundamento en lo dispuesto en el ARTÍCULO PRIMERO del Decreto 1770 del 2 de junio de 2004, este Despacho está en la obligación de resolverlas, con el fin de establecer si, efectivamente, las empresas CELUMÓVIL, COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.), cumplieron con los compromisos adquiridos en la parte considerativa y resolutive de la Resolución N° 19444 de 1° de junio de 2001.
- Que para decidir tales peticiones, este Despacho requiere, necesariamente, de las pruebas ordenadas de oficio, las cuales decretó al amparo del artículo 34 del C.C.A. y ha quedado absolutamente demostrado en el numeral 5.4.1, literales a) y c) de esta providencia, que las pruebas de oficio solicitadas sí guardan una estrecha y directa relación con los compromisos ofrecidos.
- En cuanto a que el Superintendente de Industria y Comercio Ad – hoc está procediendo contra una providencia ejecutoriada, le solicitamos al citado profesional del derecho remitirse a lo expuesto en el numeral 5.4.1, literal c) de esta providencia, así como a los distintos actos administrativos proferidos por este Despacho y a lo dicho en la contestación de la acción de tutela que hace parte de esta actuación, particularmente en lo relacionado con insistir en que, si bien en la parte resolutive de la Resolución N° 19444 de 2001 fue ordenada la terminación de la investigación abierta mediante resolución 8307 de 1999, no es menos exacto que a renglón seguido, valga decir, en el ARTÍCULO CUARTO de la misma parte resolutive, también quedó previsto de manera expresa que: ***"El fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive, es fundamento para la terminación de esta investigación, en los términos del artículo 66 del código contencioso administrativo."***

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

Por ende, este Despacho no está procediendo en contra de una providencia ejecutoriada, sino verificando el fiel cumplimiento de lo dispuesto en parte considerativa y resolutive de la Resolución N° 19444 de 2001.

- Que la entrega de las pruebas solicitadas no pueden evadirse, toda vez que hacen parte de **la identificación de todos los parámetros y criterios que debieron ser tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas** que fueron reportadas durante dos (2) años a la Superintendencia de Industria y Comercio por COMCEL S.A. (Folio 351 de la actuación ante el Superintendente Ad- hoc) y BELLSOUTH COLOMBIA S.A. (hoy TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A.) (Folio 366 ibídem).
- Que con las pruebas de oficio solicitadas está dándose la oportunidad a las empresas CELUMÓVIL, COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.) de ejercer su derecho de defensa frente a las afirmaciones de incumplimiento de los compromisos ofrecidos que han elevado ANDESCO Y ORBITEL S.A. Por lo tanto, no resulta entendible que las sociedades que fueron investigadas pretendan negarse a ejercer, a través de la entrega de las pruebas solicitadas, su derecho de defensa.
- Finalmente, que es palmario que la solicitud de dichas pruebas en momento alguno comporta la *“reapertura”* de la investigación, sino todo lo contrario, la oportunidad de dejar sin efectos la aplicación de lo previsto en el ARTÍCULO CUARTO de la parte resolutive de la Resolución 19444 de 2001.

**b) De la nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución Política.**

Arguye el doctor MONTEALEGRE ESCOBAR que de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el trámite de una investigación por prácticas comerciales restrictivas consiste en adelantar una averiguación preliminar, o en abrir directamente una investigación. En el presente caso, ya no estamos frente a ninguna de las anteriores etapas, pues la actuación administrativa está clausurada. Por ende, que las pruebas de oficio decretadas son improcedentes y violatorias del debido proceso, pues carecen de fundamento legal.

**Comentarios del Despacho frente a los anteriores argumentos.**

Para responder los anteriores argumentos, este Despacho solicita al señor apoderado de COMCEL S.A., remitirse, además de lo señalado en el acápite anterior, a las consideraciones expuestas en el numeral 5.4.1, literales a) y c) de esta providencia, particularmente en lo siguiente:

Que no puede perder de vista, tal como lo reconoce el representante legal de TELEFÓNICA MÓVILES S.A., que si bien la SIC aceptó las garantías, no es menos cierto que había que hacérsele un seguimiento y verificación al esquema ofrecido por las empresas investigadas con el propósito de asegurar que las conductas objeto de sanción desaparecerían y, por lo tanto, que el bien jurídicamente tutelado por el régimen de competencia no sería vulnerado.

Que esta verificación es, precisamente, la que está haciendo el Superintendente Ah – hoc, y para ello requiere que sean allegadas las pruebas solicitadas, pues el examen de la información remitida hace necesaria tal claridad. No son por tanto nuevas pruebas las que están solicitándose sino el complemento de las que durante dos (2) años fueron remitidas a la SIC por las sociedades investigadas.

En cuanto a que ningún funcionario de la rama administrativa, ni siquiera el Presidente de

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

la República, puede modificar los procedimientos legalmente previstos creando una etapa inexistente como la de seguimiento, este Despacho considera pertinente recordar que no es el Superintendente de Industria y Comercio Ad – Hoc quien “creó” la expresión “*etapa de seguimiento de garantías*” sino el Decreto 2999 de 2003, modificado por el Decreto 1770 del 2 de junio de 2004, a través de los cuales, como bien lo señala el propio doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, el Presidente de la República “...le señaló como facultades del Superintendente de Industria y Comercio Ad – hoc las siguientes: “...decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías...” [Subrayado original del escrito del Dr. Montealegre, página 3]

Queda demostrado que no es el Superintendente de Industria y Comercio Ad- Hoc quien estableció “*la etapa de seguimiento de garantías*” sino los referidos decretos, de suerte que no es ante este Despacho ante quien debe exponer su inconformidad, pues el suscrito lo único que hace es acatar fielmente lo indicado en los mismos.

Respecto de que el cumplimiento de las garantías no exige una providencia del Superintendente de Industria y Comercio, como equivocadamente se ha creído este Despacho, pues la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos es una tarea interna y no una etapa del procedimiento legal, este Despacho considera que tal verificación no es interna, pues cualquier decisión puede afectar a terceros y, en esa medida, es necesario que sea dada a conocer a través de un acto administrativo.

En este sentido, sorprende que el apoderado de COMCEL S.A. pretenda que una decisión sea adoptada como “*una tarea interna*” y desconozca que por expreso mandato del artículo 35 del C.C.A., toda decisión debe tomarse, con base en los informes y pruebas disponibles, de manera motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. Esta es una razón más que suficiente para desechar su argumento.

Por lo que toca con que la potestad sancionatoria del Estado está limitada por el término de caducidad señalado por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, norma que también está siendo desconocida teniendo en cuenta la fecha de los hechos investigados y, que aunque este Despacho ha manifestado que no está *abriendo de hecho la investigación*, ha actuado contrariamente dando trámite a solicitudes que están referidas a una actuación terminada y, adicionalmente, fundamentadas en situaciones y hechos ocurridos hace más de tres años, nuevamente este Despacho estima pertinente recordarle al doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, que este Despacho no está actuando por capricho sino por la designación y con el alcance de las facultades que le otorgaron los Decretos 2999 de 2003 y 1770 de 2004, esto es, de decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías y resolver las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro.

Por consiguiente, si el apoderado está inconforme con que sea tomada una decisión en torno al seguimiento de garantías y a las peticiones en curso de ANDESCO y de ORBITEL S.A. E.S.P., a quien debe atacar no es al Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, sino a los mencionados decretos que son los que le otorgaron facultades para el efecto.

En punto a que las garantías que ofrecieron las sociedades investigadas fueron aceptadas por la SIC, y en ningún momento consistieron en tener una determinada estructura de costos fijos o variables, ni en cobrar un precio determinado, y por ello no es procedente que este Despacho, mediante pruebas de oficio, pretenda información que ni siquiera formó parte de las garantías ofrecidas, este Despacho le recuerda que entre las obligaciones fijadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 19444 de 2001, a las empresas investigadas, quedó la siguiente:

Resolución por medio de la cual son resueltas las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero DE 2005 que ordenó la práctica de pruebas de oficio.

*"El máximo órgano social colegiado o la junta directiva, deberá adoptar y aprobar el procedimiento a seguirse para la determinación de la tarifa por concepto de uso de la Red de Telefonía Móvil Celular (RTMC) aplicable a los operadores de la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (RTPBC), que realicen llamadas hacia los abonados de la RTMC, el cual incluirá el proceso interno de decisión y la identificación de todos los parámetros y criterios que serán tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas." [Lo subrayado es nuestro]*

Por consiguiente, la obligación que tiene el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc no debe limitarse a efectuar una verificación formal, en el sentido de constatar si era o no enviada periódicamente la información ofrecida, sino de evidenciar, **con base en la información suministrada por las propias empresas investigadas**, si éstas efectivamente, sobre la base de las tarifas cobradas durante el lapso de las garantías, cesaron en los aparentes acuerdos contrarios a la libre competencia, esto es, acuerdos de precios y acuerdos discriminatorios.

Debe subrayarse, tal como lo señaló la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), que para establecer las tarifas reales, era necesario conocer los costos de facturación y los costos de recaudo, datos que no suministran los informes de la CRT, como equivocadamente lo señala el doctor MONTEALEGRE, siendo esta la razón para pedir dicha información a quienes deben tenerla.

Luego, la actuación de la entidad supervisora no puede limitarse, como al parecer lo entiende el citado apoderado, a efectuar pasivamente una mera verificación formal de envío de información, toda vez que lo que está por decidir es de más fondo.

Aquí, cabe reiterar lo manifestado por este Despacho en acápites anteriores, valga decir, que resultaría inexplicable cómo, pretendiéndose dar una oportunidad para que CELUMÓVIL, COMCEL, OCCEL y CELCARIBE (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.), aclaren la información que periódicamente remitieron a la SIC y, con ello, a la par, puedan desvirtuar de una vez por todas las acusaciones que les hacen ANDESCO y ORBITEL S.A. E.S.P., sean precisamente las acusadas las que, con su negativa a facilitar las pruebas solicitadas, no demuestren que dichos cargos son infundados, máxime cuando necesariamente deben poseer las pruebas requeridas, pues las mismas hacen parte de una de las obligaciones que contiene la Resolución N° 19444 de 2001, cual era la de incluir el proceso interno de decisión y la identificación de todos los parámetros y criterios que fueron tenidos en cuenta para la determinación de las tarifas.

Por todo lo anterior, resulta improcedente decretar la nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero de 2003, tal como lo depreca el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR y, en consecuencia, habrá de denegarse.

6. Que de conformidad con lo expuesto, el Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: DENEGAR** por improcedentes, según lo demostrado en la parte considerativa de la presente resolución, las solicitudes de revocatoria directa y de nulidad de la Resolución N° 02527 del 10 de febrero, por medio de la cual fue ordenada la práctica de pruebas de oficio, presentadas, en su orden, por el doctor DARÍO ARANGO DÍEZ, segundo suplente del Presidente de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y por el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, apoderado de COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A.

Resolución por medio de la cual es resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 02285 del 6 de febrero de 2004.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR** que contra la presente resolución no cabe recurso alguno, toda vez que resuelve sobre la práctica de pruebas de oficio.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, D.C. a los **28 JUN. 2005**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD - HOC**

  
**RODOLFO DANIES LACOUTURE**

**Notificaciones:**

Doctor  
JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR  
Apoderado  
COMCEL S.A.  
Carrera 14 No. 93B-32, Oficina 404  
Bogotá, D.C.

Doctor  
DARÍO ARANGO DÍEZ  
Represente Legal  
TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.  
Calle 100 No. 7 - 33 Piso 15  
Bogotá, D.C.

Doctor  
GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ  
Presidente  
ANDESCO  
CALLE 93 No. 13 - 24 Oficina 302  
Bogotá, D.C.

Doctor  
MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ  
Apoderado  
ORBITEL S.A. E.S.P.  
Calle 90 No. 13 A - 31 Piso 6°  
Bogotá, D.C.