



Bogotá D.C., veintiseis (26) de julio de dos mil once (2011)

Auto No. 2588

“Por el cual se resuelve una solicitud de declaración de nulidad”

Radicación 99028603

Demandante: ORBITEL S.A. E.S.P., TELECOM y ETB S.A. E.S.P.

Demandado: OCCEL S.A. y REY MORENO LTDA.

Decídase sobre la solicitud de declaración de nulidad presentada por la demandada Comcel S.A. -antes Ocel S.A.-.

ANTECEDENTES

Con el propósito de obtener la nulidad de la Sentencia No. 9 proferida el 4 de marzo del presente año, Comcel S.A. invocó las causales previstas en los numerales 2°, 4°, 6° y 8° del artículo 140 del C. de P. C., con sustento en las siguientes afirmaciones:

1. Adujo que *“el funcionario que profirió la sentencia carece de competencia legal para el efecto”* pues, según la interpretación del solicitante, el párrafo del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010 estableció que las facultades otorgadas al Delegado para Asuntos Jurisdiccionales por el Superintendente de Industria y Comercio, en materia de competencia desleal, podían ser asumidas por aquel solo un año después de promulgado el Decreto, esto es, *“a partir del 15 de mayo de 2011”*, alegaciones a partir de las cuales sustentó la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 140 *ibidem*.
2. Por otra parte, en respaldo de las causales previstas en los numerales 4°, 6° y 8° del citado artículo 140 del C. de P. C., el solicitante manifestó que *“la SIC no adoptó las medidas de saneamiento del proceso y pretermitió todas las etapas legales que corresponden a un proceso jurisdiccional de competencia desleal”* ya que, una vez el Tribunal Superior de Bogotá revocó la Resolución No. 02375 de 2004 y ordenó la devolución de las diligencias a esta entidad, era necesario imprimir el trámite previsto en el ordenamiento procesal para los asuntos judiciales, pero en su lugar, según aseveró Comcel S.A., se convirtió *“una actuación administrativa en un proceso jurisdiccional”* en el que no había demanda, extremos procesales ni, mucho menos, el agotamiento de la etapa probatoria y de alegatos, cercenando a los interesados su derecho a la defensa y al debido proceso.
3. Por último, apuntó que *“las acciones de competencia desleal están prescritas”*, en tanto que la conducta que dio origen a las indagaciones de la SIC, esto es, la prestación del servicio del #124, dejó de promoverse en el año 1999, data desde la cual trascurrieron más de once (11) años sin que los interesados iniciaran las actuaciones respectivas.

CONSIDERACIONES

Este Despacho, en aras de contextualizar la cuestión sobre la cual se sustentan las resumidas causales de vicio, estima oportuno precisar, como punto de partida, el contexto y la naturaleza de la función jurisdiccional de esta entidad, así:



1. Ejercicio de funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por disposición del artículo 143 de la Ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio asumió *“funciones sobre competencia desleal”* en virtud de la cuales ostentaba las mismas atribuciones que en materia de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas ya tenía la Entidad¹, por ello, a partir de ese momento y bajo el procedimiento previsto en el artículo 144, *ibídem*, debía conocer, tramitar y decidir las acciones de competencia desleal previstas en la Ley 256 de 1996.

Ahora bien, en sentencia C-649 de junio 20 de 2001 la Corte Constitucional declaró parcialmente exequible el contenido de los citados artículos, tras considerar que las funciones que otorgó la Ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Industria y Comercio eran, al menos en parte, jurisdiccionales, es decir, de aquellas que estaban reservadas a la rama judicial del poder público y que eran ejercitadas de manera privativa por los jueces y, excepcionalmente, por otras entidades del ejecutivo. La citada Corporación anotó que sin perjuicio de la compatibilidad del ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales, lo cierto era que la Superintendencia de Industria y Comercio debía garantizar, de un lado, *“la independencia del funcionario judicial”* y, del otro, *“plena claridad, desde el inicio mismo de la actuación, sobre la naturaleza de la función que se está ejerciendo en cada caso, puesto que de ello dependerá el tipo de recursos con los que cuenta el ciudadano para ejercer su derecho a la defensa”*, motivos por los cuales señaló que no podría *“un mismo funcionario o despacho de la Superintendencia aludida, ejercer función jurisdiccional respecto de los casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”*.

En cumplimiento de los señalamientos de la Corte, se creó el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal adscrito, inicialmente, al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, funcionario que se reservó la decisión definitiva de los asuntos puestos a su cargo en materia de competencia desleal, en tanto que el trámite e impulso de los mismos fue una labor de los integrantes del Grupo. Más adelante la Ley 962 del 8 de julio de 2005 señaló que los casos de competencia desleal conocidos por esta entidad en ejercicio de funciones jurisdiccionales debían llevarse a través del procedimiento abreviado, acorde con los artículos 408 y siguientes del C. de P. C.

Posteriormente, el Decreto 3523 del 15 de septiembre de 2009², mediante el cual se modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, estableció en su artículo 2° la creación del *“Despacho del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales”*, al cual se encuentran actualmente adscritos el Grupo de Trabajo de Efectividad de la Garantía y el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, Delegatura cuyas funciones se previeron en el artículo 14 del mismo Decreto y, esto es, la de *“adoptar en ejercicio de funciones jurisdiccionales las decisiones que correspondan en materia de competencia desleal”*³, facultad en virtud de la cual desde el 15 de septiembre de 2010, un (1) año después de entrada en vigencia del Decreto 3523 de 2009, por expresa disposición de ese acto administrativo, el Delegado para Asuntos Jurisdiccionales decide las acciones de competencia desleal, que en aplicación de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996, conoce esta entidad.

¹ Acorde con el Decreto 2153 de 1992.

² Modificado por el Decreto 1687 del 14 de mayo de 2010.

³ Facultad que había sido dada, inicialmente, al Superintendente de Industria y Comercio.

2. Pronunciamiento sobre las causales de nulidad invocadas por la demandada Comcel S.A.

2.1. Falta de competencia del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales (num. 2º, art. 140, C. de P. C.).

Como quedó anotado, el apoderado de Comcel S.A. sustentó la causal de nulidad en estudio en que, en su opinión, el ejercicio de la función consistente en la decisión definitiva de los asuntos de competencia desleal por parte del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales únicamente podía iniciar el 15 de mayo de 2011, "pues es ese el momento en que se cumple el primer año de vigencia del citado Decreto 1687 de 2010", que modificó el Decreto 3523 de 2009.

Para efectos de exponer las razones por las que se desestimaré la solicitud en estudio, debe partirse por señalar que el artículo 3º del Decreto 1687 de 2010 modificó el artículo 3º del Decreto 3523 de 2009 en el sentido de agregar nuevas funciones, lo que originó la inclusión de nuevos numerales⁴ que alteraron la numeración de la norma.

En este sentido, como se puede apreciar con la lectura de las dos normas, en el Decreto 1687 de 2010 se transcribió literalmente las disposiciones del Decreto 3523 de 2009 cuyo contenido se mantuvo incólume y se adicionaron todas las modificaciones a las que se hizo referencia, circunstancia por la cual se requirió numerar nuevamente la totalidad de las normas, teniendo en cuenta las que fueron incluidas.

Teniendo en cuenta lo anotado, es necesario transcribir, en lo pertinente, las normas que acá interesan:

<p>El artículo 3º del Decreto 3523 de 2009 dispone:</p> <p>Artículo 3º. Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:</p> <p>(...)</p> <p>29. Adoptar en ejercicio de funciones jurisdiccionales las decisiones que correspondan en materia de competencia desleal.</p> <p>(...)</p>	<p>Por su parte, el artículo 3º del Decreto 1687 de 2010 dispone:</p> <p>Artículo 3º. Modifíquese el artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, el cual quedará así:</p> <p>"Artículo 3º. Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:"</p> <p>(...)</p> <p>"37. Adoptar en ejercicio de funciones jurisdiccionales las decisiones que correspondan en materia de competencia desleal."</p> <p>(...)</p>
---	--

⁴ El artículo 3º del Decreto 1687 de 2010 agregó las disposiciones contenidas en sus numerales 14 a 23 y 43.

Parágrafo: A partir del primer año de vigencia del presente decreto las funciones en materia de competencia desleal a las que se refiere el numeral 29 de este artículo, serán asumidas por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales.

"Parágrafo: A partir del primer año de vigencia del presente decreto las funciones en materia de competencia desleal a las que se refiere el numeral 37 de este artículo, serán asumidas por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales."

Teniendo en cuenta lo dicho, debe concluirse que el argumento del solicitante se funda en una errada lectura de dichas disposiciones, pues aún cuando el Decreto 3523 del 15 de septiembre de 2009 fue modificado por el Decreto 1687 del 14 de mayo de 2010, la vigencia del parágrafo del artículo 3° de aquella norma, según el cual *"a partir del primer año de vigencia del presente decreto las funciones en materia de competencia desleal a las que se refiere el numeral 37 de este artículo, serán asumidas por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales"*, no lo fue, razón por la cual debe contarse a partir de la publicación de la norma primigenia y no de la correspondiente a la modificatoria.

Como se explicará en las líneas siguientes, la recién anotada conclusión encuentra fundamento en una interpretación armónica de las normas materia de análisis, que articula los criterios literal y teleológico, al paso que respeta el principio del efecto útil de las normas jurídicas.

En efecto, la conclusión anterior encuentra sustento en la propia redacción del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010, pues como en esa norma se dispuso que se modificara *"el artículo 3° del Decreto 3523 de 2009, el cual quedará así:"* y, para determinar las modificaciones, se reprodujo de manera inmediata, literal y entre comillas -que es un signo ortográfico utilizado al principio y al fin de las frases incluidas como citas o transcripciones- la totalidad del texto original de esta norma, adicionando los cambios que se introdujeron, la conclusión evidente es que aquel acto administrativo alteró el contenido de lo normado en este último únicamente en lo que fue materia de modificación, dejando incólumes todos aquellos aspectos no contenidos en la reforma y que fueron transcritos literalmente de la primera norma, claridad que impone atender el tenor literal de lo establecido sin abordar otros métodos de interpretación, como sería el que se orienta a consultar el espíritu de la disposición, de conformidad con el mandato del artículo 27 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, una interpretación basada en un método finalístico de las disposiciones en estudio apunta a la misma dirección, pues es evidente que los aspectos no modificados y que fueron transcritos literalmente, entre los que se encuentra -como se vio- el término a partir del cual el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales pudo adoptar las decisiones correspondientes en materia de competencia desleal, mantuvieron su vigencia de conformidad con la norma original, pues salta a la vista que la transcripción incorporada en el Decreto 1687 de 2010, lejos de resultar idónea para alterar las determinaciones adoptadas en el Decreto 3523 de 2009 que fueron reproducidas, se limitaba a plasmar, sin cambiar la redacción ni el contenido de esas disposiciones, ni mucho menos alterar la vinculación de los aspectos reiterados con el Decreto inicial, la totalidad de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio con una finalidad sistemática que perseguía únicamente facilitar la referencia y consulta del acto administrativo materia de estudio.

Tan cierto es lo recién anotado, esto es, que la finalidad del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010 fue mantener en vigencia los aspectos transcritos del artículo 3° del Decreto 3523 de 2009 y cambiar únicamente los que fueron modificados, que si el propósito de aquella norma hubiera sido ampliar el plazo a partir del cual el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales podía adoptar las decisiones correspondientes en materia de competencia desleal se hubiera indicado expresamente, sin necesidad de ningún tipo de interpretación.

Adicionalmente, debe resaltarse que la interpretación expuesta resulta acorde con el principio del efecto útil de las normas jurídicas, según el cual se *"debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable"*⁵. Ciertamente, teniendo en consideración todo lo anotado hasta este punto, salta a la vista que la posición propuesta por el apoderado de Comcel S.A. no puede ser acogida porque resulta irrazonable, toda vez que admitir que el artículo 3° del Decreto 1687 de 2010, a pesar de transcribir literalmente el artículo 3° del Decreto 3523 de 2009 en lo que acá interesa, modificó el contenido de esta norma, implicaría admitir también que el primer decreto únicamente empezó a regir a partir de la vigencia del modificadorio, lo que carece de todo sentido.

Puestas de este modo las cosas, es claro que el Decreto 1687 de 2010 debe leerse conforme a lo ya establecido en el Decreto 3523 de 2009, es decir, entendiendo que el plazo estipulado para que el Delegado para Asuntos jurisdiccionales asumiera la competencia para *"adoptar en ejercicio de funciones jurisdiccionales las decisiones que correspondan en materia de competencia desleal"* no se extendió, de donde se sigue, entonces, que a partir del 15 de septiembre de 2010, un (1) año después de la entrada en vigencia del Decreto primigenio, el funcionario en mención ostenta y ejerce tal función, de hecho, desde esa data y hasta la fecha del presente auto, se han proferido alrededor de 32 fallos definitivos⁶.

Desde luego que el simple cambio en la numeración del numeral correspondiente a la función de decidir los asuntos de competencia desleal, que pasó del número 29 al 37, no desvirtúa las conclusiones expuestas, pues precisamente esto se debió a los cambios introducidos, que no tuvieron qué ver con el párrafo del artículo 3° del Decreto 3523 de 2009, ya referido.

En conclusión, no se accederá a la solicitud de declarar la nulidad por falta de competencia del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales.

2.2. Nulidad por tramitación inadecuada de la demanda (num. 4°, art. 140, C. de P. C.).

Para efectos de resolver la alegación en estudio es necesario aclarar que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 962 de 2005, el procedimiento que regía el ejercicio de facultades jurisdiccionales en materia de competencia desleal por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el artículo 144 de la Ley 446 de 1998, era el establecido *"para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"*, contemplado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que dispone lo siguiente:

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004.

⁶ Sobre el particular, la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio emitió concepto de fecha 9 de septiembre de 2010.

"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 su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación."

"Cuando se ordeno abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes."

"Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado."

"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."

"En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo."

En el caso *sub lite* es claro que la causal de nulidad en comento no se verificó, pues este asunto se tramitó de conformidad con el procedimiento aplicable que, dado que inició en el año 1999. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia adelantó la etapa de averiguación preliminar, que arrojó la necesidad de iniciar investigación formal contra Ocel y Rey Moreno. En el marco de la referida investigación, se expidió la resolución de apertura de la cual se corrió traslado a los investigados, quienes solicitaron y aportaron las pruebas que pretendieron hacer valer. Vencido el término probatorio, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, rindió su informe motivado sobre el desarrollo de la actuación y sobre las resultas de la misma, del cual se corrió nuevamente traslado a los investigados para que se pronunciaran, surtido dicho trámite, el expediente se remitió al Superintendente de Industria y Comercio para que decidiera la investigación.

Ahora bien, dado que, de conformidad con la Ley 962 de 2005, al momento de proferir sentencia después de la decisión del Tribunal Superior de Bogotá en el sentido de que se profiriera decisión de fondo, el procedimiento aplicable era el abreviado, la expedición de dicha providencia también se encuentra acorde con el proceso que correspondía a este asunto, debiéndose resaltar que, obviamente, la modificación en el procedimiento aplicable no podía suponer la invalidez de todo lo actuado en el marco del proceso anterior.

Se desestimaré, entonces, la solicitud materia de análisis.

2.3. Nulidades por omisión de términos para solicitar pruebas y por indebida notificación (nums. 6º y 8º, art. 140, C. de P. C.).

Las pretensión anulatoria que ahora se estudia será desestimada porque las causales invocadas fueron debidamente saneadas de conformidad con lo normado en los numerales 1º y 4º del artículo 144 del C. de P. C.

Ciertamente, es evidente que las causales alegadas no tuvieron su génesis en la sentencia, sino en el trámite del proceso, pues no hay manera de sostener que la notificación indebida y la omisión de oportunidades para desarrollar la actividad probatoria tuvieron lugar al proferir, en tanto que para el momento en que el tribunal Superior de Bogotá ordenó que se procediera a decidir definitivamente el asunto *sub lite* la solicitante ya estaba debidamente vinculada al mismo y tuvo la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

Adicionalmente, es claro que los actos cuya anulación se pretende cumplieron su finalidad sin que se hubiera desconocido el derecho de defensa, pues Comcel S.A. estaba debidamente enterada del trámite del proceso, tanto que actuó en el marco del mismo, y tuvo las oportunidades para aportar y solicitar pruebas de conformidad con la normativa aplicable al momento en que se dieron esas actuaciones.

En consecuencia, se desestimaré la solicitud de declaración de nulidad también en el aspecto que ahora se analiza.

3. La petición subsidiaria de apelación.

Con relación a esta solicitud el memorialista deberá estarse a lo resuelto en auto de esta misma fecha.


En mérito de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio,

RESUELVE:

Denegar la solicitud de declaración de nulidad presentada por la demanda Comcel S.A., antes Ocel S.A., atendiendo las razones expuestas en la parte considerativa del presente auto.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales



DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Auto para el cuaderno 6, tomo IV.

Notificaciones

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado – EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
C.C. No. 19.489.933
T.P. No. 38.447 del C. S. de la J.

Doctor
MARTÍN BERMÚDEZ
Apoderado – ORBITEL S.A. E.S.P. (hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.)
C.C. No. 13.352.744
T.P. No. 31.230 del C. S. de la J.

Doctor
YESID GARCÍA FERNÁNDEZ
Apoderado – EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACIÓN.
C.C. No. 19.488.337
T.P. No. 61.554 del C. S. de la J.

Doctor

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

Apoderado - OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.

C.C. No. 19.335.765

T.P. No. 30.633 del C. S. de la J.

Doctor

ERIC RINCÓN CÁRDENAS

Apoderado - REY MORENO S.A. (hoy TELEFÓNICA DATA COLOMBIA S.A.)

C.C. No. 79.886.056

T.P. No. 106.904 del C. S. de la J.