

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022)
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente:	250002326000200700516-01
Sentencia:	SC3-08-22-3124
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	EPM BOGOTÁ S.A. E.S.P., EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. EDATEL S.A., E.P.S., EMITELSA S.A. E.S.P., ESCARSA E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO ETEL E.S.P., EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.S.P., EMCALI EICE E.S.P., y EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES VALLE DEL CAUCA-ERT
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Asunto:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema:	NO SE PRUEBA LA ANTIJURICIDAD DEL DAÑO, EN PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA CONTRA LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, POR OMITIR LA VIGILANCIA, CONTROL Y SANCIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y DE DISCRIMACIÓN DE LA COMPETENCIA, CCOMO QUIERA QUE NO SE PROBÓ LA EXISTENCIA DE ÉSTAS.

Cumplido por la Magistrada Sustanciadora, el trámite previsto en el artículo 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo – CCA, para el proceso ordinario, se provee conforme a los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1.1. ARGUMENTOS DE LA ACTIVA

1.1.1- Conforme al libelo introductorio, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, incurrió en falla en el servicio respecto de sus funciones de vigilancia y control de la competencia, al no investigar y sancionar en lapso del 16 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 2007, a las sociedades de telecomunicaciones que actuaban en el mercado mayorista de llamadas fijo - móvil y móvil - fijo, que incurrieron en actos restrictivos de la competencia, al acordar precios discriminatorios de las tarifas para las llamadas fijo - móvil, que derivaron en un daño antijurídico a las prestadoras de telefonía fija, que compromete la obligación indemnizatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

1.1.2- En fundamento de sus reclamaciones, reseñan los siguientes **hechos**:

A partir de 1998, los operadores de telefonía celular o móvil, Comunicación S.A. Comcel S.A., Celumovil S.A., Empresa Regional de comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. y Cocolco S.A., -agrupados en esa época en las sociedades COMCEL S.A. y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.-, se reunían para fijar tarifas más altas para las comunicaciones FIJO-MÓVIL, que aquellas que fijaban para las de MÓVIL-FIJO, incurriendo en competencia desleal.

El 23 de noviembre de 1998, los operadores de telefonía fija, EPM BOGOTÁ S.A., ETB S.A. E.S.P., TELECOM, TRANSTEL S.A., EMPRESAS PÚBLICAS DE BUCARAMANGA E.S.P., EDATEL E.S.P., EMTELSA S.A. E.S.P., E.E.P.P.M., E.R.T. E.S.P. y EMCATEL S.A. E.S.P., pusieron en conocimiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (C.R.T), la referida conducta y solicitaron someter a regulación las tarifas, por uso de la red celular fijadas por los operadores de telefonía móvil, en las llamadas desde la red de telefonía pública conmutada, para que las mismas fueran fijadas en condiciones no discriminatorias.

La anterior solicitud fue remitida, para que se iniciara investigación, por la **Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (C.R.T), a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, mediante oficio No. 402898 del 16 de diciembre de 1998, por presentarse conductas imputables a los operadores de Telefonía Móvil Celular, presuntamente constitutivas de abuso de posición dominante y competencia desleal, al aplicar condiciones discriminatorias de tarifas para los abonados de la Red de telefonía Pública Básica Conmutada, en las llamadas dirigidas a celular.

Surtida la etapa preliminar, la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** abrió investigación contra las sociedades denunciadas, mediante Resolución 8307 de 1999 y una vez agotado el periodo probatorio, las empresas de telefonía celular solicitaron la terminación de la investigación de conformidad con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, **petición que fue acogida por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y el 10 de junio de 2001, con la Resolución 19444, clausuró y aceptó las garantías ofrecidas por los operadores de telefonía móvil¹, con el compromiso de no continuar con las prácticas restrictivas de la competencia.**

1 Previa revisión de la Resolución 19444 de 2001, los compromisos adquiridos fueron:

- a) La cesación de conductas que pudieran implicar acuerdo de precios, consistentes en los mecanismos de toma unilateral de decisiones sobre tarifas.
- b) La suspensión de los comportamientos que pudieran implicar acuerdos discriminatorios aplicables al modo como se toman las decisiones sobre tarifas a cobrar a los operadores RTPBC y
- c) La capacitación de funcionarios en derecho de la competencia.

En el año 2005, ORBITEL S.A. E.S.P. presentó denuncia formal ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, que fue **archivada mediante decisión del 22 de agosto de 2005, por no vislumbrar afectación a la libre competencia, en cuanto sus conductas no configuraran prácticas restrictivas²**, con la salvedad que de presentarse nuevos sustentos probatorios, se podría reabrir la investigación. Decisión contra la que se promovió recurso de apelación, en el que se advierte la existencia de pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, sobre la regulación tarifaria FIJO-MÓVIL³.

El 13 de septiembre de 2005, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 1296, por la que adoptó el régimen regulado de las tarifas FIJO - MÓVIL, fijando para el efecto una tarifa máxima que podría cobrarse a un usuario por la realización de una llamada por \$392 pesos por minuto, decisión que fue ampliada por 3 meses mediante la Resolución No. 1330 de 31 de octubre de 2005, para su cumplimiento.

En marco de la precitada regulación, el 04 de noviembre de 2005, la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, revoca la decisión de archivo del 22 de agosto de 2005 y abre investigación** mediante la Resolución No. 29071⁴, atendiendo a que se presentaba un hecho nuevo, surgido del estudio realizado por la CRT, contenido en la Resolución 1296 de 2005, relacionado con las tarifas registradas por los operadores.⁵

El 20 de agosto de 2008, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO expidió la Resolución 029631, calificando la investigación iniciada con el acto administrativo 29071 de 4 de noviembre de 2005, **e impone la máxima sanción a las empresas de telefonía móvil**, por incurrir en abuso de su posición dominante, al aplicar tarifas discriminatorias para los usuarios que realizaban llamadas desde fijo a móvil, generando desventaja frente a los mismos. *Práctica que conforme a la CRT, afecta a los usuarios más perjudicados con dicha conducta, eran los de bajos recursos económicos, de allí que el impacto social fuera significativo*, razón por la cual impuso la multa por la suma de \$923.000.000 a cada una de las empresas, por contravenir lo previsto en el numeral 2º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.⁶

Decisión que fue recurrida en reposición.

2 Emerge de la realidad procesal probatoria, que mediante el AUTO de 22 de agosto de 2005, la Superintendencia de Industria y Comercio archivó la actuación, bajo el argumento que, conforme a la legislación vigente para la época, la telefonía móvil podía fijar los precios de la red fija a móvil conforme al **“artículo 70 del Decreto 741 de 1993”**, por lo que no encontraba evidencias de precios discriminatorios, con la salvedad que la decisión de archivo del trámite, quedaba sujeta a modificación, de presentarse nuevos sustentos probatorios que determinaran lo contrario, como conductas restrictivas de la competencia en la Ley 155 de 1959 o en el Decreto 2153 de 1992. (fl. 171 a 175 Carpeta 2 digital CF).

3 Hecho conforme a las pruebas obrante en el expediente.

4 El extremo actor en el libelo introductorio manifiesta que no se culminó la investigación iniciada mediante Resolución 29071 del 4 de noviembre de 2005.

5 Emerge de la realidad procesal probatoria

6 Emerge de la realidad procesal probatoria

RESUELVE

El 18 de agosto de 2010, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, expidió la Resolución 42828, por la cual revocó la decisión anterior, bajo la consideración que no se cumplieron los presupuestos del numeral 2º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que exige i) que las operaciones sean equivalentes, ii) la aplicación de condiciones discriminatorias para tales operaciones, iii) que tales condiciones discriminatorias coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas, y consigna:

“conforme a los estudios de la CRT, para la época de los hechos, el tráfico MF, fue y de hecho sigue siendo- sustancialmente superior al tráfico FM, lo cual revela i) la diferente elasticidad precio de la demanda de ambos segmentos; ii) la preferencia que los usuarios tienen por el segmento MF en relación con el FM en razón a la satisfacción de su necesidad de comunicación y iii) el diferente perfil de consumo de ambos tipos de usuario. En consecuencia, consideró que los hechos materia de investigación no constituían el acto de abuso de posición dominante establecido en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y en tal virtud revocó la resolución”.

1.1.2- En la descrita secuencia fáctica, formula la activa, imputación por falla en el servicio contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y detalla las siguientes **acciones u omisiones como generadores de daño antijurídico:**

i) Omisión dentro de la investigación cursada entre el 16 de diciembre de 1998 y el 10 de junio de 2001, al no ordenar medidas cautelares de suspensión de la referida conducta anticompetitiva, desarrollada por los operadores de telefonía celular.

ii) La expedición “*discrecional*”, siendo inconveniente para el mercado e irracional, de la Resolución 19444 de 10 de junio de 2001, por la que clausuró la precitada investigación.

iii) Adoptar la anterior decisión, sin tomar en consideración medidas legales para suspender de manera efectiva la conducta investigada, aceptando como suficientes, las garantías ofrecidas por los operadores de telefonía móvil.

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por las empresas Telefónica Móviles S.A. Comunicación Celular S.A., Comcel S.;A Contraviene lo previsto el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a cada una de las sociedades que se indican a continuación, por la suma de novecientos veintitrés millones de pesos (\$923.000.000).
Telefónica Móviles S.A.

Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

PARAGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá considerarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular (...).

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, declarar que Colombia Móvil S.A. E.S.P no es responsable de la conducta imputada y por lo tanto ordénese el archivo de la presente investigación. (...)

iv) Omitir exigir el cumplimiento de los compromisos contenidos en las garantías otorgadas por los operadores de telefonía móvil investigados, una vez advertido su incumplimiento.

v) No haberse declarado impedido en oportunidad, el SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO⁷, derivando en lapso del 5 de mayo al 10 de septiembre de 2003, obstaculización del normal trámite de la investigación.

vi) Dilación de la investigación en lapso comprendido del 12 de noviembre de 2003 al 6 de febrero de 2004, por razón de la conducta del SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD –HOC, al omitir dar respuesta oportuna sobre la investigación pese a tener la competencia para hacerlo.

vii) Omitir respecto de la investigación iniciada el 04 de noviembre de 2005, adoptar medidas legales para suspender la conducta investigada.

En el reseñado contexto formulan como **pretensiones**:

Se declare extracontractualmente responsable a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por los perjuicios irrogados a las sociedades demandantes EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. - EDATEL S.A. E.P.S., EPM-BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMITELSA S.A. E.S.P., ESCARSA E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO - ETEL E.S.P., EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.S.P., EMCALI EICE E.S.P., y EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES VALLE DEL CAUCA-ERT, por el mantenimiento de tarifas discriminatorias en las comunicaciones FIJO – MÓVIL, en lapso comprendido de diciembre de 1998 a la fecha de presentación de la demanda -17 septiembre de 2007.

Condenar a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, sufridos por las sociedades demandantes, representados en la pérdida de ingresos y la pérdida de su valor intrínseco. Valores que deben ser actualizados, desde la fecha de su causación hasta el momento de la sentencia; generando intereses legales, sobre su valor histórico, durante el mismo período, así como disponer la condena en costas a la demandada.

1.1.3- En oportunidad de alegar de conclusión, reitera la activa que, encuentra probada la omisión de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

⁷ Doctor Jairo Rubio.

respecto de sus funciones de vigilancia y control de la competencia en Colombia, al no investigar y sancionar a las sociedades de telecomunicaciones que actúan en el mercado mayorista de llamadas fijo- móvil y móvil - fijo, que incurrieron en actos restrictivos de la competencia, al acordar precios discriminatorios de las tarifas para las llamadas fijo - móvil, lo que devino en un daño antijurídico a las prestadoras de telefonía fija, atribuible a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, que compromete su obligación indemnizatoria.

Destaca además que, no operó el fenómeno jurídico de la caducidad, toda vez que trata de daño continuado, como quiera que la omisión de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO fue ininterrumpida, y de contera, su computo se debe iniciar a partir del momento en que las investigaciones culminaron, a saber, con la Resolución 29631 de 20 de agosto de 2008, que no se había expedido para cuando se promovió la sub-lite demanda de reparación directa, el 17 de septiembre de 2007.

Puntualiza que, la pretensión se debe estudiar bajo la acción de reparación directa, contrario a lo planteado por la pasiva, pues no pretende cuestionar la legalidad del acto que resolvió la primera investigación, esto es la Resolución No. 19444 del 10 de junio de 2001, por la cual fue clausurado el proceso, ni pretende nulificarlo, y lo alegado es el incumplimiento por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en su deber de vigilar, controlar y en otorgar las garantías frente a los operadores de telefonía móvil, por las señaladas omisiones y decisiones contrarias a sus deberes funcionales, y a las que agrega su conducta omisiva respecto de la segunda investigación, por cuanto si bien primigeniamente se impuso sanción, con la Resolución 29631 de 20 de agosto de 2008, luego fue revocada con la Resolución 42828 del 18 de agosto de 2010; de forma que nunca fueron sancionadas las sociedades de telefonía móvil.

Afirma demostrado el daño de conformidad con el dictamen rendido por el perito Alfonso Duque, que determinó que durante los años 2001 a 2007, las empresas de telefonía fija, experimentaron pérdidas económicas, por un valor de \$731.469.505.037, debido a que las sociedades de telefonía móvil investigadas continuaron con la práctica restrictiva de la competencia, pese a que se habían comprometido a no hacerlo en marco de la Resolución 19444 del 10 de junio de 2001, daño que fue auspiciado por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERICO, al omitir exigir el cumplimiento de los compromisos contenidos en las garantías otorgadas por los operadores investigados.

Finiquita, acreditada la falla en el servicio, por las omisiones e incumplimiento funcional de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, respecto de la conducta desleal sobre las tarifas discriminatorias, reconocida ésta en la

enunciada Resolución No. 29631 del 20 de agosto de 2008, en cuanto consigna que se presentó en el período investigado una diferencia ostensible de tarifas para operaciones equivalentes, que no encuentra justificación al ser similar la infraestructura de red utilizada y ser similares los costos, y destaca que en el presente caso lo que se observa es que el operador móvil, gracias a su poder monopolístico discrimina con la tarifa de Fijo a Móvil. colocando a su usuario en una situación desventajosa, frente al usuario de condiciones análogas que realiza llamadas de Móvil a Fijo

Asimismo, colocan de relieve, en fortalecimiento de su imputación de falla en el servicio, que no obstante que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el 13 de septiembre de 2005, con la Resolución 1296, reguló las tarifas FIJO - MÓVIL, la entidad demandada no hizo uso de sus competencias legales para detener la conducta, sino las ejerció después de interponerse la acción de reparación directa que es objeto de estudio, evidenciando que la Superintendencia de Industria y Comercio no actuó para impedir la práctica restrictiva, durante más de diez (10) años, ocasionándoles una reducción económica cuantiosa en la demanda del mercado.

1.2. ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN

1.2.1- En oportunidad de descorrer la demanda, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, solicita se denieguen las pretensiones planteadas en el escrito introductorio, por carecer de fundamento, debido a que no incurrió en las presuntas omisiones que se le imputan, contrastado que actuó con diligencia frente a las solicitudes presentadas con el objetivo de investigar la conducta de los operadores de telefonía móvil, en aras de mantener un mercado competitivo, al respecto precisa que, contrario a lo planteado por la activa referente a la inoperancia de la administración, se adelantaron dos (2) investigaciones; en curso de la última se profirió un acto administrativo sancionatorio, y encuentra probado que se surtieron los procedimientos conforme a lo reglado en el Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, puntualiza que:

(i) Inició la primera investigación, con la Resolución No. 8307 de 1999, y evacuada la etapa probatoria, expidió el acto administrativo **19444 de 2001**, por la que clausuró y aceptó las garantías ofrecidas por los operadores de telefonía celular y surtido el trámite de seguimiento de garantías, impuso sanción mediante **Resolución 23881 del 31 de julio de 2007**, decisión que fue revocada con posterioridad a la radicación de la demanda sub-lite, **el 30 de noviembre de 2007**,

con **Resolución No. 040934**⁸, sobre la que se solicitó aclaración y adición, que fueron rechazadas mediante Resolución 004410 del 18 de febrero de 2008⁹.

ii) La segunda investigación, solicitada, entre otra, por ORBITEL S.A. E.S.P., fue iniciada con la **Resolución 29071 de 4 de noviembre de 2005**, la cual terminó con el acto administrativo No. **029631 del 20 de agosto de 2008**, con imposición de sanción por la conducta prevista en el numeral 2º del artículo 50¹⁰ del Decreto 2153 de 1992, a las empresas Telefónicas Móviles S.A., Comunicaciones Celular S.A., Comcel S.A., la suma de novecientos veintitrés millones de pesos (\$923.000.000) y, frente a Colombia Móvil S.A. E.S.P. se determinó que no incurrió en la conducta, por lo tanto, se ordenó el archivo de la investigación, acto administrativo que fue objeto de recursos de reposición por los operadores de telefonía celular, los cuales, al momento de interponer la demanda del vocativo de la referencia, se encontraban pendiente de resolver, **decisión revocada el 18 de agosto de 2010**, mediante la **Resolución 42828**.

Consideraciones a las que agrega que, **(i)** no existe daño y de presentarse, no sería atribuible a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, sino a los operadores móviles; **(ii)** no cuenta con la competencia para definir ni regular las tarifas de los servidores de telefonía, facultad que se radica en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad que una vez realizó el estudio del mercado, profirió la Resolución 1296 de 13 de septiembre de 2005, procediendo a establecer la regulación de tarifas de FIJO-MÓVIL y MÓVIL -FIJO.

En esta secuencia aduce como excepciones:

(i) *Falta de legitimación en la causa material por pasiva, de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO* debido a que la regulación de tarifas se encuentra a cargo de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y que su competencia se limita a vigilar y controlar, para que los agentes del mercado actúen de acuerdo con la libre competencia y sancionar a quienes, después de haber adelantado el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no lo cumplan, de manera que en el caso sub lite, no le

8 Resolución N° 40934 de 2007 (30 de noviembre), por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio al resolver un recurso de reposición, revocó la Resolución N° 23881 de 2007 (31 de julio), y dio por terminada la etapa de seguimiento de garantías en razón al decaimiento de las Resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001.

9 Emerge de la realidad procesal probatoria

10 **ARTÍCULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.** Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

es atribuible acción u omisión frente a las pretensiones deprecadas en la demanda, por cuanto no es la llamada a responder¹¹.

(ii) Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, fundada en que el extremo actor atribuye la fuente del daño en la legalidad del acto administrativo 19444 de 2001, por lo tanto, le correspondía iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se encuentra caducada. Agrega que, los actos administrativos expedidos en el marco de las investigaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, gozan de presunción de legalidad, como quiera que no fueron objeto de controversia, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que da cuenta de la actuación bajo los parámetros de legalidad.

(iii) Caducidad, advertido que en tesis de la activa, se presentó omisión por la autoridad administrativa al permitir mantener la práctica discriminatoria en las tarifas, entre otras, por no adoptar las medidas cautelares para ordenar la suspensión de la práctica anticompetitiva empleada por los operadores celulares, por no realizar seguimiento y control frente a la conducta anticompetitiva de los investigados, además porque el superintendente de turno, no se declaró impedido, situaciones que tuvieron ocurrencia entre el 16 de diciembre de 1998 y el 10 de junio de 2001, -esto es cuando se profirió la Resolución 19444 de 2001-, de manera que la activa no puede pretender que dichas circunstancias sean analizadas bajo el imperio de la acción de reparación directa ni mucho menos edificar una declaratoria de responsabilidad estatal, sumado a que sobre aquellas operó el fenómeno jurídico de la caducidad, en el entendido que la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2007.

(iv) Inexistencia de nexo causal entre el daño causado por la conducta del mantenimiento de las tarifas discriminatorias y la conducta desplegada por la SIC, de tal forma que no se le puede imputar responsabilidad, por cuanto se presentaron circunstancias ajenas a su competencia.

1.2.2- En oportunidad de alegar de conclusión, reitera que encuentra configurada caducidad de la acción, toda vez que la activa formula como fuente de sus pretensiones indemnizatorias así:

(i) Las omisiones de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, con ocasión de la investigación, en la que se expidieron las Resoluciones 19444 del 21

¹¹ Refirió que la competencia de la Superintendencia de Industria y comercio se encuentra estipulada en el Decreto 2153 de 1992 modificado por la Ley 1151 de 2007, organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal, cuya personería jurídica fue otorgada por el artículo 71 de la Ley 1151 de 2007, frente a la promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas se le asignó la función de velar por la observancia de sus disposiciones, respecto de todo aquel que desarrolle en el país una actividad económica, más no para regular tarifas.

de junio de 2001 y la 29071 de 2005, que declaró la terminación de la investigación por aceptación de garantías y, contrastado que la demanda se radicó el 17 de septiembre de 2007, operó dicho fenómeno jurídico.

(ii) La omisión de la Superintendencia de Industria y Comercio por no decreto de la medida cautelar, por cuanto se remonta al 16 de diciembre de 1998, la caducidad habría operado el 16 de diciembre del 2000.

Asimismo, insiste en que se presenta indebida escogencia de la acción, fundado en que el daño que se invoca se deriva de la expedición de un acto administrativo – pues ataca la legalidad de las Resoluciones 8307 de 1999 y 19444 de 2001, mediante las cuales se inició la primera investigación y se clausuró la misma; la Resolución 29071 de 2005, por la se inició la segunda investigación, debate que no se puede desarrollar en el marco de un proceso de reparación directa, sino a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Enfatiza en su falta de legitimación por pasiva, advertido que no le es atribuible la responsabilidad endilgada, como quiera que no es la competente para regular el régimen tarifario de telefonía móvil, advertido que dicha competencia recae es sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CTR), de manera que no existe nexo de causalidad, elemento de responsabilidad necesario para endilgar responsabilidad.

Finiquita insistiendo en que adelantó todas las actuaciones conforme al Decreto 2153 de 1992, con ocasión de las denuncias presentadas por las presuntas conductas restrictivas de la competencia, y de contera, no existe omisión o falla en el servicio consistente en el desconocimiento de sus deberes, y procede negar las pretensiones.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1- El 17 de septiembre de 2007, se radicó la demanda por vía de reparación directa, inadmitida el 31 de octubre de 2007 y **se admitió mediante proveído de 13 de febrero de 2008**, (fls 140, 201 a 205 C.ppal).

2.2. Trabada la Litis, se dispuso con auto del auto del 14 de octubre de 2009, **abrir el proceso a pruebas**, decretando las solicitadas por las partes (fls. 2 a 7 ibidem); en curso de la etapa probatoria, con ocasión a la objeción por error grave promovido contra la pericia decretada para determinar la cuantificación del daño, se negaron con proveído del 2 de julio de 2020, las pruebas solicitadas por la activa -

documental, pericial, y testimonial-, con ocasión de la objeción por error grave planteada contra la prueba pericial,¹².

2.3- En el citado proveído del 02 de julio de 2020, **se corrió traslado para alegar de conclusión** (cuaderno digital), oportunidad en la que ejercieron su derecho la activa, la pasiva, conforme reseñó antes.

2.3.1. El MINISTERIO PÚBLICO, rindió concepto en el que plantea tres hipótesis para resolver el asunto objeto de estudio, a saber: **(i)** de la indebida escogencia de la acción; **(ii)** de la caducidad de la acción de reparación directa y, **(iii)** estudio de fondo para negar las pretensiones por ausencia de falla y nexo causal.

Secuencia en la que precisa de la primera, *que la acción que debió instaurar el demandante era la de nulidad y restablecimiento del derecho, y encontraba caducada a la fecha de la demanda*, fundado en que analizando la demanda y los hechos probados, se pretende imputar responsabilidad por presuntos hechos y pretendiendo originar la fuente del daño en los mismos, sin embargo, los presuntos daños se derivan de los procedimientos administrativos 98075313 y 04126607, adelantados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, aplicables a las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas e infracción a la promoción de la competencia, reglado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Destaca en este orden, que los cargos endilgados en la demanda, se fundan en la vulneración del debido proceso administrativo, concretamente en los radicados 98075313 y 04126607, los cuales tilda de ilegales e irregulares; el eje central del debate lo constituye en la legalidad del acto administrativo contenido en la **Resolución 019444 de 10 de junio de 2001**, con los cargos de ilegalidad por falsa motivación y desviación de poder, indicando que la resolución de clausurar la investigación, que fue adoptada por el señor Superintendente de Industria y Comercio, presuntamente les permitió a los operadores celulares continuar ejecutando la conducta anticompetitiva.

Para evitar una decisión inhibitoria, lo procedente para el despacho es emitir la decisión de fondo, adecuando el análisis al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero como la acción se encontraba caducada, debe declararse probada de oficio tal excepción en la sentencia.

De otra parte y *en ámbito de adoptar el análisis, bajo el entendido que la acción corresponde a la de reparación directa, se tiene que la demanda está caducada,*

¹² La ACTIVA recurrió la providencia en apelación fundado en que las pruebas son conducentes y pertinentes, de manera que, con proveído de 8 de marzo de 2021, el despacho concedió el recurso en el efecto devolutivo.

toda vez que las omisiones alegadas ocurrieron entre 1998 y el 2004 y la demanda se instauró el 17 de septiembre de 2007, contrastado que, la primera omisión endilgada, referente a la primera investigación, al no ordenar la medida cautelar de suspensión de la conducta anticompetitiva desarrollada por los operadores de celulares, ocurrió el 16 de diciembre de 1998; la segunda, tercera y cuarta, omisiones, referidas a la clausura de la investigación y no adopción de las medidas adecuadas para garantizar la suspensión de la conducta investigada, tuvieron origen en la Resolución 019444 de 10 de junio de 2001; la quinta omisión consistente en falta de declaratoria de impedimento del doctor Jairo Rubio Escobar - Superintendente de Industria y Comercio, y las actividades cumplidas por aquel, ocurrieron entre el 5 de mayo y el 10 de septiembre de 2003; la sexta omisión, referida a la conducta del Superintendente Ad-hoc, Rodolfo Daniels Lacouture, al no decidir oportunamente las solicitudes presentadas por las partes, se dio entre el 12 de noviembre de 2003 y el 6 de febrero de 2004, y la séptima omisión, relativa a la conducta del Superintendente Delegado para la Promoción de la competencia, con relación a la segunda denuncia por la discriminación fijo-móvil, aconteció el 30 de agosto de 2004.

En tamiz de un eventual estudio de fondo del asunto argumenta se deben negar las pretensiones por ausencia de falla en el servicio e inexistencia de nexos causal, en cuanto no fue probada la primera, porque la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO adelantó los procedimientos acorde a sus funciones y no contaba con la competencia para regular las tarifas y el hecho de sancionar no variaba las tarifas, en consecuencia, además se acredita que no existe el nexo causal para imputar responsabilidad, incluso se presta hecho de un tercero, atribuible a las compañías de telefonía fija, aunado a que, por otra causa, como el avance tecnológico devino la pérdida de acogida de la telefonía fija y les correspondía a las empresas de telefonía fija avanzar, para mantenerse en el mercado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VÁLIDEZ

3.1.1. Reitera satisfecho el presupuesto de competencia, contrastadas en marco del numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo¹³, la naturaleza y cuantía del asunto, y en orden del numeral 1º y el literal f) del numeral

¹³ **CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

“Artículo 132. En primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...) 6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. (...).” (Suspensivos, subrayado y negrillas fuera del texto).

2º del artículo 134D *Ibidem*¹⁴, el lugar de acaecimiento del hecho, génesis de la pretensión indemnizatoria.

3.1.2. Advertido que en régimen del Código Contencioso Administrativo – C.C.A, las excepciones previas al igual que las de fondo, resuelven en la sentencia, encuentra cumplido el requisito de legitimación procesal en la causa por pasiva y por activa, y en ámbito de ésta no prospera la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, como quiera que en acción de reparación directa, la legitimación procesal por pasiva, se da con la imputación que hace activa de ser la causante del daño antijurídico fuente de la pretensión indemnizatoria, y en este orden asume relevancia en contraste con la causa pretendí, que la reclamación indemnizatoria formulada contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, fundamenta en sus presuntas omisiones a su deber de vigilancia, control de la competencia y sanción de las prácticas restrictivas de la misma. Legitimación que fortalece en ámbito de la realidad procesal, contrastado que adelantó los procedimientos administrativos a los que devino, en tesis de la activa, por falla en el servicio, el daño antijurídico del que pretende indemnización.

Asimismo, encuentra satisfecha la legitimación procesal en la causa por activa de los accionantes, EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE PEREIRA S.A. EDATEL S.A., E.P.S., EPM-BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMITELSA S.A. E.S.P., ESCARSA E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DEL LLANO ETEL E.S.P., EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.S.P., EMCALI EICE E.S.P., y EMPRESA REGIONAL DE TELECOMUNICACIONES VALLE DEL CAUCA-ERT, como quiera que en acción de reparación directa se da en quien se refuta víctima directa o indirecta del daño antijurídico que pretende le sea indemnizado.

3.1.3. Tampoco prosperan las excepciones de caducidad e inepta demanda, contrastado que emergen satisfechos los requisitos de oportunidad de la demanda y debida escogencia de la acción, conjugado que conforme prevé el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa caduca transcurridos dos (2) años a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho génesis de la pretensión indemnizatoria, y decantando en el *sub-lite* se tiene que, la demanda se promovió el 17 de septiembre de 2007, dentro

¹⁴ **IBÍDEM.**

“Artículo 134 D. Competencia por factor del territorio. La competencia por razón del territorio se fijará con sujeción a las siguientes reglas:

2. En los asuntos del orden nacional se observarán las siguientes reglas:

(...)

f) En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas;

(...).” (Suspensivos, subrayado y negrillas fuera del texto).

de los dos (2) años siguientes a que cesó, en tesis de la activa, el evento dañoso, contrastado que conforme al libelo introductorio y atendido que deriva conforme a su imputación de conducta omisiva, que tuvo ocurrencia entre el 16 de diciembre de 1998 y el 31 de julio de 2007, extremos temporales que corresponden al inicio del procedimiento administrativo 98075313, en trámite del cual se refuta que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, omitió proferir medida cautelar, y profirió la Resolución 19444 por la que se clausura la actuación y que conforme alega la activa imponía seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos por las sociedades de telefonía móvil de no continuar en la práctica restrictiva de la competencia, y sancionar su incumplimiento, presuntamente omitidas por la accionada, y la Resolución 23881 por la que dentro del mismo procedimiento se impuso sanción por la alegada práctica restrictiva de la competencia.

Panorama en que se encuentra idónea la acción de reparación, como quiera que contrastada la causa petendi en tamiz del libelo introductorio y realidad fáctico procesal existente al momento de su radicación, 17 de septiembre de 2007, no se controvierten los precitados actos administrativos, sino las alegadas omisiones en los deberes de seguimiento una vez proferida la Resolución 19444 del 10 de junio de 2001 y sanción por su incumplimiento, que habría cesado conforme a la cifrada realidad con la Resolución sancionatoria del 31 de julio de 2007.

Secuencia cronológica en la que precisa señalar que el acto administrativo por el que se revocó la precitada sanción, dentro del primer procedimiento administrativo individualizado con el número 98075313, se profirió el 30 de noviembre de 2007, con posterioridad a la demanda, radicada el 17 de septiembre anterior, libelo de adición o reforma, y otro tanto aconteció con los actos sancionatorio y revocatorio, proferidos dentro del segundo procedimiento administrativo individualizado con el número 04126607.

3.1.4. No se observa irregularidad, menos aún con entidad para edificar nulidad procesal, y encuentra en estado de proferir sentencia de mérito, constatado que el trámite se cumplió con sujeción al rito del Proceso Ordinario Contencioso Administrativo previsto en el Decreto 01 de 1984 y normativa que lo adiciona y modifica.

3.2. FIJACIÓN DEL DEBATE

3.2.1- La controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial de la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, por cuanto en tesis de la accionante, incurrió en presunta falla en el servicio, respecto de sus funciones de vigilancia y control de la competencia, al no investigar y sancionar

en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 2007, a las sociedades de telecomunicaciones que actuaban en el mercado mayorista de llamadas fijo - móvil y móvil - fijo, que incurrieron en actos restrictivos de la competencia, al acordar precios discriminatorios de las tarifas para las llamadas fijo - móvil, que derivaron en un daño antijurídico a las prestadoras de telefonía fija, que compromete la obligación indemnizatoria de la accionada, dado que la inoperancia de esa autoridad administrativa para evitar dicha práctica, conllevó a que se produjera desincentivo en los usuarios, de adquirir telefonía fija, generando pérdidas cuantiosas de ingresos y de valor intrínseco de las compañías.

Secuencia en la que detalla la activa, como acciones u omisiones imputables a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, generadores de daño antijurídico, así:

i) Omitir en lapso del 16 de diciembre de 1998 al 10 de junio de 2001, en marco del procedimiento administrativo 98075313, el decreto de medidas cautelares de suspensión de la conducta anticompetitiva, desarrollada por los operadores de telefonía celular.

ii) Expedir el precitado 10 de junio de 2001, siendo inconveniente para el mercado e irracional, la Resolución 19444, por la que clausuró el precitado procedimiento administrativo.

iii) Adoptar la anterior decisión, sin implementar medidas efectivas para suspender la conducta investigada, aceptando como suficientes, las garantías ofrecidas por los operadores de telefonía móvil.

iv) Omitir en lapso del 10 de junio de 2001 al 31 de julio de 2007, evidenciado su incumplimiento, exigir la observancia de los compromisos contenidos en las garantías otorgadas por los operadores de telefonía móvil investigados, dentro del procedimiento administrativo 98075313.

v) En lapso del 5 de mayo de 2003, al 10 de septiembre siguiente, obstaculizar el normal trámite del enunciado procedimiento, por omitir quien le tenía a su cargo el trámite, su declaratoria de impedimento.

vi) Dilación de su trámite, en el periodo comprendido del 12 de noviembre de 2003 al 6 de febrero de 2004, por razón de la conducta del Superintendente de Industria y Comercio Ad –Hoc, al omitir dar respuesta oportuna sobre la investigación pese a tener la competencia para ello.

vii) Omitir respecto del procedimiento administrativo 04126607, iniciada el 04 de noviembre de 2005, Resolución 29071, adoptar medidas legales para suspender la conducta investigada.

3.2.2. Excluidas las excepciones de indebida escogencia de la acción, caducidad y falta de legitimación procesal por activa, desestimadas en decisiones parciales que anteceden (3.1.3), se tiene que, **en oposición la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, aduce que no existe omisión o falla en el servicio consistente en el desconocimiento de sus deberes,** como quiera que adelantó los procedimientos administrativos, en trámite de las denuncias presentadas por las presuntas conductas restrictivas de la competencia, conforme al Decreto 2153 de 1992, en particular sus artículos 12 y 52, y que no le es atribuible la responsabilidad endilgada, como quiera que no es la competente para regular el régimen tarifario de telefonía móvil, advertido que dicha competencia recae es sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CTR), de manera que no existe nexo causal, elemento de responsabilidad necesario para endilgar responsabilidad.

3.2.3- En el descrito panorama fáctico procesal, conjugado que metodológicamente en estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, el primer elemento a verificar es la existencia de daño antijurídico, y que conforme a los hechos sobrevinientes a la demanda, los enunciados procedimientos administrativos 98075313 y 04126607, finiquitaron en las anualidades 2008 2010, respectivamente, declarando la no existiendo de practica discriminatoria de la competencia, se tiene como **problema jurídico:**

¿Encuentra probado que en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 2007, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, infligió a las aquí accionantes, daño antijuridico, del que derivaron pérdidas de ingresos y de su valor intrínseco, por omisión de sus funciones de vigilancia y control de la competencia, frente a las sociedades de telecomunicaciones que actuaban en el mercado mayorista de llamadas fijo - móvil y móvil - fijo, quienes incurrieron en actos restrictivos de la competencia, al acordar precios discriminatorios de las tarifas para las llamadas fijo - móvil, o no encuentra probada la refutada omisión de la accionada, contrastadas las actuaciones administrativas adelantadas en investigación y sanción de la cifrada práctica discriminatoria, y sus resultas de no existencia de ésta?

3.3. ASPECTOS SUSTANCIALES.

En labor de desatar el interrogante planteado **es tesis de la Sala,** que no se probó la antijuricidad del daño, advertido que si bien y conforme al dictamen rendido por el perito Alfonso Duque, se determinó que durante los años 2001 a

2007, las empresas de telefonía fija, experimentaron pérdidas económicas, por un valor de \$731.469.505.037, con ocasión al ingreso del mercado de las empresas de telefonía móvil, es igualmente cierto, **no se probó que tuviera causa en práctica restrictiva de la competencia, implementada por éstas, y de contera, por sustracción de materia, carece de fundamento probatorio, el alegado reproche de falla en el servicio por omisión de sus funciones de vigilancia y control de la competencias, formulado por la activa contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.**

Es así contrastado que si bien y conforme a la realidad existente para el 17 de septiembre de 2017, fecha en que se promovió la demanda, encontraba probado, en principio, y en virtud a su declaratoria en acto administrativo, que las sociedades de telefonía móvil, investigadas, encontraban incursas en la enunciada practica discriminatoria de competencia, es igualmente cierto que, la referida decisión administrativa, devino con posterioridad revocada, finiquitando con ésta el procedimiento administrativo 98075313, iniciado el 30 de abril de 1999, y aunque concurrentemente cursaba el procedimiento administrativo 04126607, iniciado el 04 de noviembre de 2005, es igualmente cierto que con posterioridad al libelo introductorio y asumiendo como hecho sobreviniente suficientemente probado, el acto sancionatorio proferido contra MOVILES S.A y COMCEL S.A, por práctica discriminatoria de competencia, fue revocado el 18 de agosto de 2010, por haberse establecido que la mayor demanda del servicio de telefonía móvil, respecto de la telefonía fija, no tenía origen en aquella, sino, en el crecimiento mercado de las nuevas tecnologías.

Asimismo, y retomando los límites temporales de la imputación formulada por la activa contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, destaca que, en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998, al 13 de septiembre de 2005, las tarifas del servicio fijo - móvil no encontraba regulada, sino que su fijación encontraba en sede de las operadoras de telefonía móvil, y fue en esta última fecha que la autoridad competente, COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, reguló el tópico, mediante la Resolución 1296.

En fundamento y previo abordamiento del caso concreto, se tienen las siguientes **premisas normativas:**

3.3.1- El daño antijurídico y su imputación a la entidad pública accionada, son los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo entonces y advertido que el concepto de responsabilidad encuentra integrado por otras nociones particulares¹⁵, que lo que origina el deber de reparar,

¹⁵Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 38

que es la esencia misma de la responsabilidad extracontractual del Estado, es la concurrencia de los precitados elementos, en esquema metodológico que impone que el primer supuesto a establecer en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que, de no encontrarse probado, torna no útil cualquier otro juzgamiento, es decir, “*primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar*”¹⁶.

Paradigma del que precisa indicar, que tiene fundamento constitucional en el artículo 90 Superior, como quiera que dispone, *que el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas*, e integra con el artículo 2º *Ibidem*, en virtud del cual, *las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades*.

Indica la doctrina del Consejo de Estado, en hermenéutica de la precitada normativa, que el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputatio juris y la imputatio facti*¹⁷, y no distinto concluye la Corte Constitucional¹⁸. Destacando en la óptica de la *imputatio juris*, que el soporte de la obligación de reparar tiene su fundamento de justicia, en alguno de los esquemas de atribución, dolo o culpa, en el régimen subjetivo de responsabilidad y la igualdad ante las cargas públicas, la solidaridad y la equidad en el régimen objetivo de responsabilidad, como quiera que “La teoría de la responsabilidad del derecho público en la actualidad se deriva de todo tipo de actos, incluso de meros hechos originados en el actuar administrativo, y no solo en aquellos actos que han sido declarados ilegales, sino que también cabe un compromiso por los daños que provienen de la actuación lícita”¹⁹

3.3.2. Metodológicamente, en estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, primeramente, debe abordarse el estudio del daño antijurídico, y seguidamente, condicionado a que encuentre probada su existencia, procede abordar el régimen de responsabilidad aplicable y título de imputación. Argumento que se explica porque conforme indica la doctrina²⁰, retomando, la jurisprudencia del Consejo de Estado, el examen judicial de las controversias en reparación directa, enfocaba por regla general, inicialmente, la falla

¹⁶ Juan Carlos Henao, El Daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 1998, pg 37

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

¹⁹ Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 62

²⁰ Enrique Gil Botero, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado” Capítulo II, pg.58-59, Séptima Edición, European Research Center Of Comparative Law 2015.

en el servicio, en razón a que la antijuricidad del daño, se conceptualizaba desde la ilicitud de la causa, y ese esquema modificó, con ocasión de la evolución del deber reparatoria, determinando responsabilidad indemnizatoria por *“actos lícitos, o conductas regulares causantes de daños injustos”*, bajo la consideración que el daño tenga origen en un acto ilícito, es suficiente, pero no siempre necesario para la reparación, pues ésta puede tener también fundamento en daños causados cuando el Estado o la entidad de derecho público ha obrado conforme a derecho. Secuencia en la que se deduce el carácter fundamental y prioritario del daño, como elemento estructurador del deber resarcitorio, y bajo tal paradigma que, *en términos del artículo 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.*

Advertido que la objetivación del daño indemnizable que surge del artículo 90 Constitucional, sugiere en lógica estricta que, *“el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable”*. puesto que, si no se establece la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento, que pueda hacerse en los procesos de reparación directa.

De forma que es la afectación a un interés subjetivo del demandante, que éste no encontraba en la obligación de soportar, el presupuesto que posibilita asumir la valoración de su causación, y en marco de ello, el régimen de responsabilidad aplicable y título de imputación.

3.3.2.1- El daño antijurídico, comporta una aminoración en una situación favorable, que el afectado no encuentra en la obligación de soportar. De forma que no todo daño asume como antijurídico y el carácter de antijurídico estriba en que el afectado no tiene la obligación de soportarle.

Resultando relevante en labor de conceptualización del daño, que conforme ha precisado el Consejo de Estado, el ordenamiento no contiene una disposición que consagre su definición, y refiere *“(...) a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*.²¹ Noción que según señala la doctrina, permite tener una visión omnicomprensiva del daño y supera el concepto tradicional que le circunscribía a la lesión de un derecho subjetivo, posibilitando en marco del nuevo

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901), Actor: DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., Demandado: NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y OTRO, Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

concepto, el reconocimiento de todas aquellas realidades que en tamiz de equidad reclaman ser indemnizadas.

Requiere como condiciones de existencia que sea personal, directo y cierto o actual. Bajo la consideración que por su carácter personal, el daño exige la violación de un interés legítimo de la persona damnificada, independientemente a que provenga de un hecho que afecte en forma inmediata, o mediata en virtud del daño sufrido por otro, con quien el damnificado tiene relación, evento en el que se predica la existencia de un daño reflejo, que es el menoscabo soportado por persona distinta del damnificado inmediato, caso del daño patrimonial y moral que se ocasiona a los parientes de la víctima directa. De forma que el carácter personal del daño, hace referencia a la legitimación, ello es, a quien tiene el derecho a reclamar la reparación, por consiguiente, este presupuesto “(...) *se encuentra asociado a la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria.*”²²

El carácter cierto del daño, refiere a su real acaecimiento, es decir, que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, ello es, que el daño debe existir y hallarse probado para que origine el derecho a obtener un resarcimiento; certeza exigible sin distingo porque se trate de daño consolidado o de daño futuro, y por su carácter directo, el daño supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio, de forma que este sea consecuencia de la alteración negativa que comporta el primero, y solo indemnizable en cuanto provenga del mismo.

El perjuicio puede definirse en contraste con el daño, como la expresión económica de este; también resulta acertado en marco de la doctrina, definir el perjuicio como, un concepto jurídico que supone la consecuencia de un daño que sufre una persona.

3.3.3. La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, cumple funciones de vigilancia y control como autoridad nacional en materia de protección al consumidor, competencia y datos personales, y asume interés en contraste con el caso concreto, en ámbito de sus competencias como autoridad nacional de vigilancia y control de la competencia que, regula que el mercado no se vea afectado por conductas monopolísticas y desleales, con el objeto de propiciar y fortalecer la edificación de la productividad nacional, en garantía de que los consumidores tengan libertad de acceso y elección a la oferta de bienes y servicios, así como propender porque en el mercado exista variedad de precios y calidades; además de investigar y sancionar las prácticas comerciales restrictivas de la

²² Enrique Gil Botero, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, European Research Center Of Comparative Law, Bogotá-Colombia, 2015, pg. 156

competencia y la competencia desleal, y la autorización, condicionamiento u objeción, a las integraciones de empresas que se dediquen a una misma actividad productiva o participen en la misma cadena de valor.

3.3.3.1. En punto de la facultad sancionatoria de la que es titular la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, es de precisar que el numeral 2) del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, le radicó ésta, “(...) *por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la enunciada Superintendencia*”. Siendo de su competencia: i) velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; ii) imponer las sanciones por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia; iii) imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que dé en desarrollo de sus funciones; iv) imponer, previa solicitud de explicaciones y de acuerdo al procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta; v) solicitar a las personas naturales o jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y, vi) ejercer la demás funciones que le asigne la ley.

3.3.3.2. Específicamente en tópico de las prácticas restrictivas de la competencia, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, acredita, conforme al artículo 1º de la Ley 155 de 1959, *habilitación, para prohibir en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en un mercado*. Con el objeto de controlar tres tipos de actos, a saber:

- (i) Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. Sobre este punto, el fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos, se reduzca la oferta y por ende se incrementen los precios. Al ser esta una prohibición por objeto, la norma no solo indica el estándar probatorio necesario para declarar la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos son de una peligrosidad tal para la libre competencia, que el mero acuerdo es por sí mismo restrictivo.
- (ii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. De esta manera, la sola demostración de que una práctica, procedimiento o sistema tienda a limitar la competencia, da lugar a un reproche por parte del Estado.

(iii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Al igual que la conducta anterior, la mera tendencia a mantener o determinar precios inequitativos, da lugar a sanción por parte de la Autoridad de Competencia. El no prohibir las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia implicaría de plano permitir dichas conductas, situación que no sería acorde con la finalidad de las normas de competencia ni con la protección del orden público que su aplicación busca²³.

3.3.3.3. El numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992,²⁴ establece que se consideran anticompetitivos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. En este particular, se consideran anticompetitivos, un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado. Asimismo, y en ámbito de la aplicación legal de la libre competencia, el precitado numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos analizados, proscribió los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, en los que no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento.

3.3.3.4. Del procedimiento al que encuentra sujeta la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en trámite de las denuncias presentadas, se tiene que le corresponde la etapa de Averiguación preliminar conforme al artículo 52 del mismo Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos²⁵, que fija el procedimiento para determinar la existencia de la infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuya etapa preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si debe o no abrirse una investigación administrativa²⁶.

En la etapa de averiguación preliminar, el ente de control, adelanta visitas administrativas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales para adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley. Al momento de realizar la visita administrativa en la mayoría de los casos aún no cuenta con elementos de juicio suficientes para calificar los hallazgos como ilegales y, así mismo, en dicha etapa no se han constituido partes y no existen

²³ Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, sentencia de constitucionalidad, en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

²⁴ Decreto derogado con excepción de los artículos 1, 4, numeral 15 incisos 1 y 16, 11 numerales 5 y 6, 24 y 44 al 54 por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009.

²⁵ Modificado con posterioridad, mediante el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

²⁶ Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, Consejo de Estado, Sección Primera, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola, 23 de enero de 2003, Rad. No.: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

supuestos de hecho, ni imputación en contra de ninguna persona jurídica o natural. El resultado de la etapa averiguación preliminar es con la finalidad de llegar a determinar la necesidad de realizar una investigación formal, lo que generará abrir la investigación en la cual se formulan los cargos a las personas jurídicas o naturales por la presunta comisión de conductas que atentan contra la libre competencia.

3.3.3.5. El numeral 11 del artículo 4 del mencionado Decreto 2153 de 1992, habilita la adopción de medidas cautelares en investigación de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, cuya adopción no procede de forma automática al inicio de una averiguación preliminar, para su decreto, es necesario que se acredite: (i) la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; (ii) el riesgo de la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar; y (iii) la proporcionalidad de la medida cautelar, en ese entendido de no encontrar satisfechos los anteriores requisitos, la Superintendencia no podrá acceder al decreto de medidas cautelares.

3.3.3.5. De la competencia para clausurar la investigación, destaca que condiciona a que los investigados ofrezcan las garantías y, en caso de incumplimiento, se declara éste con fines a hacerlas efectivas, en este orden el artículo 4 del mismo Decreto 2153 de 1992, prescribe:

“[...] 10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente Decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica con sujeción al artículo 2o, numeral 1o., del presente Decreto.

[...] 12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

13. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y práctica comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto.

[...]15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto [...]

16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. Así mismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la Ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos [...]”

Las anteriores competencias se ejercen por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, conforme al procedimiento previsto en el artículo 52 del enunciado Decreto 2153 de 1992, que dispone:

“[...]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 ordene 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**²⁷.*

Asimismo, asume relevancia en contraste con el sub-lite, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo, se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y da lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio²⁸.

De manera y concluyendo que, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sobre el procedimiento para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas restrictivas, el trámite que se debe adelantar en esa materia, es el siguiente:

- (i) averiguación preliminar para determinar la necesidad de realizar una investigación;
- (ii) apertura de la investigación se notificará personalmente al investigado para que dentro de los 20 días siguientes solicite o aporte pruebas;
- (iii) citación a audiencia donde el investigado presentará los argumentos que pretenda hacer valer;

²⁷ PARÁGRAFO 1. <Parágrafo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

²⁸ PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La autoridad de competencia expedirá las guías en que se establezcan los criterios con base en los cuales analizará la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas [...]”.

- (iv) Informe motivado del Superintendente Delegado ante el Superintendente de Industria y Comercio, del que se debe correr traslado al investigado por el término de 20 días.

Trámite en curso del cual, la autoridad administrativa encuentra habilitada para ordenar la clausura de la investigación, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta, y la actuación subsiguiente es de verificación al cumplimiento de los compromisos adquiridos, cuyo incumplimiento se considera una infracción a las normas de protección de la competencia, en contexto donde la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad legalmente facultada para sancionar cualquier práctica restrictiva de la competencia y en consecuencia, para clausurar la investigación mediante acto administrativo.

3.3.4- En virtud del principio de la carga de la prueba, es exigible de la activa que pruebe los supuestos fácticos en los cuales funda sus pretensiones y al demandado los hechos en que finca la excepción. Con fundamento normativo en los artículos 167 del Código General del Proceso - CGP y 1757 del Código Civil, la carga de la prueba asume como una regla de juicio, que le indica a las partes, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados. De forma que quien presenta el libelo demandatorio conoce de antemano cuáles son los hechos que le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

Sobre la carga de la prueba ha indicado el Consejo de Estado, que en procesos contenciosos o controversiales, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, porque se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado.²⁹

3.4 CASO CONCRETO

3.4.1. Aspectos Probatorios

3.4.1.1. Advertido que el proceso se abrió a pruebas el 14 de octubre de 2009, se tiene que probatoriamente se rige por el subrogado Código de Procedimiento Civil – C.P.C., por reenvío que hace al citado ordenamiento, el artículo 168 del Código de Contencioso Administrativo, y en cuanto para

29 Ver SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, mayo 9 de 2011, Rad. 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048)

entonces no era aplicable en esta jurisdicción, el hoy vigente Código General del Proceso –CGP, que se refuta a partir del 01 de enero de 2014.

3.4.1.2. Asimismo, destaca que, la comunidad probatoria encuentra integrada por documental y pericia, y avizora eficaz, advertido conforme sigue

3.4.1.2.1- Respecto de la documental es aplicable hermenéutica de la Sección Tercera del Consejo de Estado, explicitada en sentencia del 28 de agosto de 2013, radicado interno 25.022, conforme a la cual, sin perjuicio de la fecha de entrada en rigor del Código General del Proceso, reviste eficaz la documental arrojada en fotocopia simple, en virtud del artículo 246, y en cuanto advertidos los sujetos procesales no le tachen de falsa, caso en concreto.

Asimismo, reviste interés para el caso en concreto que por preceptiva del artículo 177 del Código General del Proceso – C.G.P.³⁰, no será necesaria la aducción de copia de las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas, cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente, por cuanto al amparo de la citada preceptiva, definen como *hecho notorio*, es decir, aquel hecho público, que es conocido tanto por los extremos procesales como por un grupo de personas de cierta cultura o que pertenecen a un determinado grupo social o gremial, sin que se requiera que el conocimiento sea universal, o de prueba para corroborarlo *y es deber del juez tenerlo en cuenta*.³¹

3.4.1.2.2- No es de recibo la objeción por error grave formulado por la activa contra la pericia³², advertido que el objeto del experticio técnico decretado a solicitud de ese extremo procesal, fue demostrar los perjuicios sufridos por los operadores de telefonía fija – accionantes, con ocasión a la pérdida de utilidades, derivada de la practica discriminatoria de la competencia, en la que incurrieron las operadoras de telefonía móvil, en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 2007, por falla del servicio de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y la objeción se formuló argumentando sustancialmente así:

- No es correcto afirmar que la alta tarifa del servicio FIJO – MÓVIL no tuvo incidencia en el consumidor, y que cambio de fijo a móvil, no por el precio sino por sus gustos.

30 El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. (...) Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

Parágrafo. Cuando sea necesario se solicitará constancia de su vigencia.

31 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, **Sección Primera, Sentencia 25000232400020050143801**.

32 Con ocasión de la objeción por error grave, negaron las pruebas solicitadas por la ACTIVA, documental, pericial, y testimonial. Decisión recurrida en apelación por la ACTIVA y con proveído de 8 de marzo de 2021, se concedió la alzada en el efecto devolutivo, sin haberse recibido su resolución.

- No es correcto afirmar que la noción del mercado, no es relevante para tener la condición de competidor, y que los competidores son solo los que tienen servicios idénticos.
- No es correcto confundir ingresos con utilidades para concluir que las accionantes no reportan pérdidas contables, y que los ingresos ni las utilidades se afectan por las prácticas anticompetitivas.
- No es correcto considerar que una práctica anticompetitiva no genera perjuicio en los participantes en el mercado.

Como quiera que los enunciados juicios que en criterio de la activa comportan error grave, avizoran ajustados a los contenidos técnicos del tópico objeto de la prueba, contrastados los fundamentos de la decisión administrativa, Resolución 42828 del 18 de agosto de 2010, por medio de la cual, en sede del recurso de reposición, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, pone fin al procedimiento administrativo 04126607 del 04 de noviembre de 2005, declarando que los hechos materia de investigación no constituyen abuso de posición dominante establecido en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, contrastado que su configuración exige como condiciones, que se trate de operaciones equivalentes; que en marco de esa equivalencia se dé aplicación a condiciones discriminatorias; que éstas coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; advertido que para la configuración de la conducta proscrita, es insuficiente la existencia de operaciones equivalentes, contrastado que no apareja per se, la igualdad en las circunstancias de sus usuarios, para definirles como análogos, y son varias las circunstancias que sustentan que los consumidores de los segmentos Fijo - Móvil y Móvil - Fijo no puedan considerarse sin más de condiciones como análogas, para poder predicarse la existencia de un trato discriminatorio entre ellos, que pusiera a un grupo en situación desventajosa frente a otro.

Contrastación que coloca de relieve que la pericia de la que se refuta error grave, en modo alguna sustenta en objeto distinto al que es objeto de prueba, y deviene que en marco del dictamen primigenio y su aclaración y complementación satisface los requerimientos de razonabilidad exigibles de la prueba técnica

3.4.1.3- Finiquitando revisten relevancia para el debate, advertido que mayormente corresponden a los procedimientos administrativos números 98075313 y 04126607, y en este orden, a los actos administrativos emitidos en curso de los mismos, de los que enfatiza, su interés en el sub-lite, no gravita en juicio de su legalidad, sino y en contraste con la causa pretendí, en ámbito los alegados daño

antijurídico y falla en el servicio de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y en tesis de la Sala, en no haberse probado la antijuricidad del daño; los siguientes **medios de prueba**:

3.4.1.3.1- Procedimiento administrativo 98075313

- Oficio con radicación 402898 de 16 de diciembre de 1998, suscrito por el Coordinador General (E) de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, por medio del cual remitió al SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO, el oficio de 23 de noviembre de 1998³³, presentado por los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada Local, por contener hechos que podrían configurar algunas conductas imputables a los operadores de Telefonía Móvil Celular, *presuntamente constitutivas de abuso de posición dominante y competencia desleal*, (fls. 82 de la Carpeta 1 digital CF)
- Resolución número 8307 de 30 de abril de 1999, por la que abrió la investigación, para efectos de determinar si COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., OCCEL S.A., CELUMOVIL S.A., EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. CEL CARIBE S.A Y COCELCO S.A. actuaron en contravención de lo previsto en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, *acuerdo contra la libre competencia que tiene por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios*, en concordancia el numeral 2º ibidem, *los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros*. (fls. 126 a 129 cuaderno digitalizado carpeta expediente físico EF)
- Resolución 19444 del 10 de junio de 2001, por la que se aceptaron las garantías ofrecidas por las compañías de telefonía móvil y el compromiso adquirido para suspender las conductas investigadas, bajo la consideración sustancial que, *las investigadas parten del reconocimiento de los resultados del mercado que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO encontró sospechosos*, y fija varios procedimientos a seguir por parte de los investigados, para efectos de mantener informada, semestralmente a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, entre otros, (i) acuerdo de precios (ii) acuerdo discriminatorio; imponiendo a las investigadas, (a) *la cesación de conductas que pudieran implicar acuerdo de precios, consistentes en los mecanismos de toma unilateral de decisiones sobre tarifas*. (b) *la suspensión de los comportamientos que pudieran implicar acuerdos discriminatorios, aplicables al modo como se toman las decisiones sobre tarifas a cobrar a los operadores de la RTPBC* y (c) *la capacidad de funcionarios en derecho de la competencia*.

³³ De manera conjunta a la CTR

- Resoluciones 23433 y 26094 de 2001 por las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio modificó parcialmente el acto referido (página web Superintendencia de Industria y Comercio).
- Resolución 2243 de 3 de octubre de 2003, por medio del cual se acepta impedimento del señor Superintendente de Industria y Comercio - Jairo Rubio Escobar³⁴, para decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías; Decreto 2999 del 24, por el que se designa como Superintendente de Industria y Comercio ad hoc, al doctor Rodolfo Danies Lacouture, Superintendente de Sociedades, para decidir sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, y Decreto 1770 de 2 de junio de 2004, por el que se adiciona el precitado acto administrativo.
- Resolución 23881 de 31 de julio de 2007, por la que se decidió la terminación de la verificación de cumplimiento de garantías y al constatar el incumplimiento de los compromisos adquiridos impuso sanción por el valor de \$572.000.000, ante la imposibilidad de hacer efectivo el colateral, esto es, las pólizas constituidas,; declara decaimiento del acto administrativo que declaro clausurado el procedimiento, Resolución 19444 de 2001.³⁵

3.4.1.3.2- Procedimiento administrativo 04126607

- Denuncia formal, presentada el 28 de agosto de 2004, por el apoderado judicial de ORBITEL S.A., ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

³⁴ Había sido nombrado mediante decreto 889 del 8 de abril de 2003 y había tomado posesión el 5 de mayo de 2003

35 RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO- DECLARAR: *la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la conducta establecida en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por parte de las sociedades TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., (antes Celumóvil y luego Bellsouth) y COMCEL S.A., (absorbente de OCCEL y CELCARIBE), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

ARTÍCULO SEGUNDO- DECLARAR, *que las sociedades telefónicas Móviles Colombia S.A. (antes Celumóvil y luego Bell south) y COMCEL S.A. ((absorbente de OCCEL y CELCARIBE), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia), no cumplieron con la suspensión de la conducta establecida en el numeral 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por las cuales, fue abierta la investigación de qué trató la resolución 8307 1999 por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

ARTÍCULO TERCERO DECLARAR, *por consiguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo cuarto de la parte resolutive de la resolución 19444 de 2001, el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 19444 2001, por las razones expuestas en la parte emotiva de la presente providencia.*

ARTÍCULO CUARTO IMPONER, *como consecuencia de lo anterior, las siguientes sanciones: a) A telefónica Móviles Colombia S.A. (...) una multa por la suma de (...) \$562.000.000, moneda legal. b) A COMCEL SA (...) una multa de 1.716.000.000 millones de pesos moneda legal, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto administrativo.*

PARÁGRAFO: *el valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el banco popular (...) dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha ejecutoria de la resolución.*

ARTÍCULO QUINTO ORDENAR *a las empresas telefónicas móviles Colombia S.A. (...) ABSTENERSE en el futuro de repetir la conducta establecida en el numeral 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 de que trata la resolución 8307 1999. (...)*

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR (...) *que contra ella procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.*

solicitando la investigación por las prácticas restrictivas a la competencia, presentadas por COMCEL, CELCARIBE y BELLSOUTH, por violación a las disposiciones legales sobre promoción de la competencia y por incurrir en prácticas comerciales restrictivas de la competencia (fls. 1 a 37, Carpeta 1 digital)

- Oficio expedido de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, radicado el 7 de marzo de 2005, ante la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, solicitando: **i)** las tarifas por minuto registradas por cada uno de los operadores Comcel S.A., Celcaribe S.A. y Bellsouth Colombia S.A., para las llamadas de fijo a celular, en el periodo comprendido de agosto de 2004 a enero de 2005, de cada mes; **ii)** diferencias tarifas según el tipo de usuario; **iii)** las tarifas por minuto de cada operador en los planes postpago y prepago para las llamadas de celular a fijo en el mismo periodo; **iv)** el reglamento que operaba para los celufijos; **v)** los conceptos o decisiones que hubiera emitido, respecto de los servicios de celufijo, y **v)** el soporte y estudios relacionados con los costos de la telefonía móvil celular, además de los costos de la telefonía fija (202 a 203 de la Carpeta 1 EF)
- Oficio del 14 de marzo de 2005 expedido por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, en alcance a la precitada solicitud de información³⁶ (fls. 205 a 207 CF)
- Oficio de 8 de abril de 2005 suscrito por el apoderado de ORBITEL S.A., radicado ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO³⁷, ampliando su denuncia del 30 de agosto de 2004 (fl 91 a 104, carpeta 2 CF).
- Oficio del 18 de julio de 2005, del apoderado de ORBITEL S.A, radicado ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, solicitando abrir investigación contrastado que en la página web de la CRT se había puesto en conocimiento al público el proyecto de acto administrativo para la regulación de la tarifa FIJO-MÓVIL, y advierte, que conforme a sus considerandos, es inferible la práctica anticompetitiva. (fl. 166 a 167 Carpeta 2 digital CF)

36 “(...) **Cual es la reglamentación que opera para los celufijos.**

Teniendo en cuenta que los celufijos obedecen a la descripción de un terminal fijo que se conecta a la Red Pública de Telecomunicaciones a través de la Red Móvil, en virtud de lo que, cualquier llamada originada o terminada en dichos terminales se predica móvil; es preciso mencionar que no existe una reglamentación específica para estos equipo (...)

Allegar estudios relacionados con los costos de la telefonía móvil celular y los costos de la telefonía fija.

Le adjuntamos en medio magnético, el estudio de costos para las reglas realizado por la firma Cintel-Económica con ocasión del desarrollo del proyecto del nuevo régimen de tarifas de telefonía local. En cuanto a los costos de telefonía móvil celular, le informamos que en la actualidad la CRT no ha finalizado algunos estudios relacionados con el tema, una vez finalicen se le enviarán para su estudio”.

37 Superintendente de la época Jairo Rubio Escobar

- Auto de 22 de agosto de 2005, por el que se archivó el trámite derivado de la denuncia presentada por ORBITEL S.A. E.S.P. y determinó, no se vislumbraba afectación a la libre competencia, dado que no se probó que las conductas denunciadas, por diferencias entre las tarifas de fijo a móvil y de móvil a fijo y la presentación del servicio denominado celufijo, configuraran prácticas restrictivas, y destaca que, conforme a la legislación vigente, artículo 70 del Decreto 741 de 1993, la telefonía móvil podía fijar los precios de la red fija a móvil, y advierte es decisión con ejecutoria formal (fl. 171 a 175 Carpeta 2 digital CF).
 - Libelo adiado 6 de septiembre de 2005, del apoderado judicial de ORBITEL S.A., contentivo de reposición, deprecando la revocatoria de la precitada decisión, y en su lugar, se abriera la investigación (fls 173 al 205 carpeta 2 digital CF).
 - Resolución 29071 de 4 de noviembre de 2005, por la que se desata favorablemente el precitado recurso, atendiendo que se presentaba un hecho nuevo, surgido del estudio realizado por la CRT, contenido en la Resolución 1296 de 2005, relacionado con las tarifas registradas por los operadores, y ordenar abrir investigación, para determinar si aquellas obedecían a un comportamiento normal del mercado o tenía causa en práctica comercial restrictiva, en contra de Comunicación Celular S.A., Comcel S.A., Telefónica Móviles y Colombia Móvil S.A. E.S.P, y decisión del de 20 de abril de 2007, por la cual, previo agotamiento de la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, rindió informe Motivado de la actuación (fls. 326 a 338 c2 digital CF).
- 3.4.1.3.3- Resolución 1296 de 13 de septiembre de 2005, proferida por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES – CRT, *por la que se modifica la Resolución 087 de 1997 y regula el régimen tarifario de las llamadas de fijo a móvil –TMC y PCS, a través del establecimiento de un tope a su tarifa.*
- 3.4.1.3.4- Actuaciones sobrevinientes – posteriores a la presentación de la demanda del vocativo de la referencia -17 de septiembre de 2007, adoptadas dentro de los precitados procedimientos administrativos 98075313 y 04126607.
- Resolución 040934 de 30 de noviembre de 2007, por la cual se revoca, en sede de reposición la resolución 23881 del 31 de julio 2007- adoptada dentro del procedimiento administrativo 98075313 contra las sociedades TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., antes CELUMOVIL y luego BELLSOUTH, y COMCEL S.A., invocando como razón de la decisión que el acto administrativo impugnado violó el debido proceso por pretermisión de etapas procesales y abuso de la facultad sancionatoria -sanción superior a 2000 smmlv-, y dio por terminada la etapa de seguimiento de garantías por presentarse el decaimiento

de las resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001 por pérdida de su vigencia³⁸.
(fls. 426 a 456 c1)

- Resolución 029631 de 20 de agosto de 2008, proferida dentro del procedimiento administrativo 04126607, en la que se impuso la máxima sanción contra MÓVILES y COMCEL por incurrir en posición dominante, que les permitió abusar de dicha posición para aplicar tarifas discriminatorias para los usuarios que realizan llamadas desde fijo a móvil, numeral 2º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.³⁹ (fl. 10 a 87 carpeta cp. 10 digital cf.)
- Resolución 42828 del 18 de agosto de 2010, por la que en sede del recurso de reposición se revoca la precitada Resolución 029631 de 2008, e invoca como razón de la decisión:

“Nótese que el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 exige varias condiciones que deben ser cumplidas para que la conducta objeto de reproche se adecue a la prohibición legal: La exigencia de operaciones equivalentes // La aplicación de condiciones discriminatorias para tales operaciones. // Que tales condiciones discriminatorias coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. // Si la sola verificación de la existencia de operaciones equivalente implicara per se la igualdad en las circunstancias de los usuarios de las mismas, haciéndolos análogos, el requisito adicional de los usuarios análogos sobraría.

Analizando los argumentos de los recurrentes, así como la información obrante en el expediente, debe señalarse que son varias las circunstancias que sustentan que los consumidores de los segmentos FM y MF no puedan considerarse sin más de condiciones análogas, de manera que pudiera predicarse la existencia de un trato discriminatorio entre ellos, que pusiera a un grupo en situación desventajosa frente a otro. (...)

Pese a que ambos segmentos, por disposición legal, pertenecen al servicio de TMC, lo cierto es que, desde el punto de vista de la necesidad de comunicación que se busca satisfacer, el usuario MF puede originar la comunicación desde cualquier parte del territorio nacional, desde una ubicación fija o móvil, mientras el usuario FM esta obligatoriamente limitado a originar la comunicación desde una ubicación fija, aspecto que necesariamente incide en la valoración y uso que ambos tipos de usuarios hacen del respectivo servicio.

Tal valoración se refleja en el hecho de que como lo demostraron los estudios de la CRT, para la época de los hechos, el tráfico MF, fue y de hecho sigue siendo sustancialmente superior al tráfico FM, lo cual revela i) la diferente elasticidad precio

38 **RESUELVE**

Artículo Primero: REVOCAR la Resolución 23881 de 2007, por las razones expuestas en el numeral 11.1. de la parte motiva.

Artículo segundo – Dar por terminada la etapa de seguimiento de garantías en razón al decaimiento de las Resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001, conforme a lo dispuesto en el numeral 11.2 de la parte motiva de la presente resolución.

39 **RESUELVE**

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por las empresas Telefónica Móviles S.A. Comunicación Celular S.A., Comcel S.;A Contraviene lo previsto el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a cada una de las sociedades que se indican a continuación, por la suma de novecientos veintitrés millones de pesos (%923.000.000).
Telefónica Móviles S.A.

Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

PARAGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá considerarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular (...).

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, declarar que Colombia Móvil S.A. E.S.P no es responsable de la conducta imputada y por lo tanto ordénese el archivo de la presente investigación. (...)

de la demanda de ambos segmentos; ii) la preferencia que los usuarios tienen por el segmento MF en relación con el FM en razón a la satisfacción de su necesidad de comunicación y iii) el diferente perfil de consumo de ambos tipos de usuario.

En ese sentido, la situación en la que se hallan ambos tipos de usuario móvil frente a las condiciones análogas sometidos a trato discriminatorio, pues la discriminación en las condiciones ofrecidas a dos grupos de consumidores, supone i) que las operaciones sean equivalentes y ii) que los usuarios estén en condiciones análogas.

En consecuencia, el Despacho considera que los hechos materia de investigación no constituyen el acto de abuso de posición dominante establecido en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y en tal virtud revocará la resolución". (fls 328 a 386 carpeta 10 digital CF)

3.4.1.3.5. Decreto 229 de 24 de octubre de 2003, acorde con el cual se nombró Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, para decidir sobre la terminación de la etapa de garantías, en la investigación adelantada con ocasión de prácticas comerciales restrictivas contra las empresas COMCEL-OCCEL, CELUMOVIL y CELCARIBE con radicación 98075313

3.4.1.3.6- Análisis del mercado de las comunicaciones originadas en Red Fija y Terminadas en la Red Móvil realizado por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, como organismo regulador del mercado, en la agenda dispuesta del 2005 (fls. 156 a 200 carpeta 4 digital CF)

3.4.1.3- Conjunto probatorio del que emergen, contrastado el debate que se suscita en esta instancia, los siguientes, como **hechos probados relevantes:**

- **El 30 de abril de 1999 bajo el radicado 98075313**, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, mediante Resolución 8307 y con fundamento en denuncia trasladada por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TLEFONÍA, abrió la investigación, con el objeto de determinar de las sociedades COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A., OCCEL S.A., CELUMOVIL S.A., EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. CEL CARIBE S.A Y COCELCO S.A., prácticas en contravención del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, *acuerdo contra la libre competencia* y el numeral 2º ibidem, *que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- **El 10 de junio de 2001, inicia dentro del enunciado procedimiento etapa de verificación**, como quiera que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, dentro del mismo y mediante Resolución 8307, aceptó las garantías ofrecidas por las compañías de telefonía móvil investigadas y su compromiso de suspender las conductas objeto de la investigación, bajo la consideración que aquellas reconocen los resultados del mercado que la autoridad administrativa encontró sospechosos, específicamente, los acuerdo de precios, acuerdos discriminatorio; los que se obliga a cesar las conductas que pudieran implicar los enunciados acuerdos.

- **El 31 de julio de 2007, se termina la referida etapa de verificación**, con Resolución 23881, y se motiva en haberse constatado por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, el incumplimiento de los compromisos adquiridos, por las sociedades de telefonía móvil, a las que se impone sanción por el valor de \$572.000.000, ante la imposibilidad de hacer efectiva las pólizas constituidas.
- **El 13 de septiembre de 2005, se reglamenta el régimen tarifario de las llamadas de fijo a móvil, sustrayéndole de la órbita de las operadoras de telefonía móvil**, con Resolución 1296, de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES.
- **El 4 de noviembre de 2005, con Resolución 29071, dentro del procedimiento administrativo 04126607, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, revoca en sede de reposición su archivo**, ordenado por no encontrar afectación a la libre competencia y haber establecido que las conductas denunciadas, por diferencias entre las tarifas de fijo a móvil y de móvil a fijo y la presentación del servicio denominado celufijo, no configuraban prácticas restrictivas, contrastado que conforme a la normativa vigente hasta entonces, artículo 70 del Decreto 741 de 1993, la telefonía móvil podía fijar los precios de la red fija a móvil, **y ordena en su lugar, la apertura de investigación, por el surgimiento de un hecho nuevo, la reglamentación en septiembre 13 anterior, por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, del régimen tarifario de las llamadas de fijo a móvil, sustrayéndole de la órbita de las operadoras de telefonía móvil**; determinando como objeto de la investigación determinar si los resultados de los estudios tarifarios, que fundamentaron la enunciada decisión de la C.R.T se explicaban en un comportamiento normal del mercado o tenía causa en práctica comercial restrictiva, de las sociedades operadoras de telefonía móvil investigadas.
- **El 30 de noviembre de 2007, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, revoca su decisión sancionatoria del 31 de julio anterior y da por terminada la etapa de seguimiento de garantías dentro del enunciado procedimiento 98075313**, en sede de reposición e invoca como razón, que el acto administrativo impugnado violó el debido proceso por pretermisión de etapas procesales y sanción superior a 2000 smmlv.
- **El 18 de agosto de 2010, dentro del procedimiento administrativo 04126607, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, revocó en sede de reposición, su decisión sancionatoria del 20 de agosto de 2008, por encontrar que, los hechos materia de investigación no constituyen el acto de abuso de posición dominante establecido en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992**, y argumenta como razón, que su configuración exige como condiciones: que se trate de operaciones equivalentes; que sea en marco de esa equivalencia que se dé aplicación a condiciones discriminatorias; que éstas coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; advertido que para la configuración de la conducta proscrita, es insuficiente la existencia de operaciones equivalentes, contrastado que no aparece per se, la igualdad en las circunstancias de sus usuarios, para definirles como análogos, y son varias las circunstancias que sustentan que los consumidores de los segmentos Fijo - Móvil y Móvil - Fijo no puedan considerarse sin más de condiciones como análogas, para poder

predicarse la existencia de un trato discriminatorio entre ellos, que pusiera a un grupo en situación desventajosa frente a otro.

3.4.2. Análisis y decisión caso concreto

3.4.2.1- No se probó la antijuricidad del daño, advertido que si bien y conforme al dictamen rendido por el perito Alfonso Duque, se determinó que durante los años 2001 a 2007, las empresas de telefonía fija, experimentaron pérdidas económicas, por un valor de \$731.469.505.037, con ocasión al ingreso del mercado de las empresas de telefonía móvil, es igualmente cierto, no se probó que tuviera causa en práctica restrictiva de la competencia, implementada por éstas, y de contera, por sustracción de materia, carece de fundamento probatorio, el alegado reproche de falla en el servicio por omisión de sus funciones de vigilancia y control de la competencias, formulado por la activa contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Es así contrastado que si bien y conforme a la realidad existente para el 17 de septiembre de 2017, fecha en que se promovió la demanda, encontraba probado, en principio, y en virtud a su declaratoria en acto administrativo, que las sociedades de telefonía móvil, investigadas, encontraban incursas en la enunciada practica discriminatoria de competencia, es igualmente cierto que, la referida decisión administrativa, devino con posterioridad revocada, finiquitando con ésta el procedimiento administrativo 98075313, iniciado el 30 de abril de 1999, y aunque concurrentemente cursaba el procedimiento administrativo 04126607, iniciado el 04 de noviembre de 2005, es igualmente cierto que con posterioridad al libelo introductorio y asumiendo como hecho sobreviniente suficientemente probado, el acto sancionatorio proferido contra MOVILES S.A y COMCEL S.A, por práctica discriminatoria de competencia, fue revocado el 18 de agosto de 2010, por haberse establecido que la mayor demanda del servicio de telefonía móvil, respecto de la telefonía fija, no tenía origen en aquella, sino, en el crecimiento mercado de las nuevas tecnologías.

Asimismo, y retomando los límites temporales de la imputación formulada por la activa contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, destaca que, en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998, al 13 de septiembre de 2005, las tarifas del servicio fijo - móvil no encontraba regulada, y fue en esta última fecha que la autoridad competente, COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, reglamenta el régimen tarifario de las llamadas de fijo a móvil, sustrayéndole mediante la Resolución 1296, de la órbita de las operadoras de telefonía móvil.

3.4.2.1.1- En este orden, asume relevancia que conforme al numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, es conducta constitutiva de abuso de posición

dominante, la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogos; de forma que su configuración condiciona a que concurren los siguientes supuestos: que se trate de operaciones equivalentes; que sea en marco de esa equivalencia que se dé aplicación a condiciones discriminatorias; que éstas coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa, frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. Premisa esta última que no es predicable entre los consumidores de los servicios Fijo – Móvil y Móvil – Fijo, para predicarse por razón de la diferencia tarifaria, en particular mayor costo del primero, la existencia de un trato discriminatorio entre ellos, que pusiera a un grupo en situación desventajosa frente a otro.

3.4.2.1.2- No era exigible de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, la imposición de medidas cautelares, aunque bajo la égida del numeral 11 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992⁴⁰, encontraba habilitada para su adopción en prevención de prácticas comerciales restrictivas de la competencia; por cuanto la citada competencia asume reglada, de forma que el decreto de cautelares no opera de forma automática, por el contrario, conforme al marco legal, su decreto presupone la concurrencia de varios presupuestos, a saber: **(i)** la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; **(ii)** el riesgo de la efectividad de una eventual sanción en el evento de no decretarse la medida cautelar, y **(iii)** la proporcionalidad de la medida cautelar. Por demás, las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia se inician con la realización de averiguación preliminar, acorde con el artículo 52 *Ibidem*⁴¹, contentivo del procedimiento previsto para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas; cuya etapa preliminar no está sujeta a formalidad alguna, en el entendido que su única finalidad es la de permitirle al ente de control que cuente con la información necesaria para establecer si debe o no abrir una investigación administrativa⁴².

3.4.2.1.3- También resultan insuficientes para sustentar la antijuricidad del daño, los argumentos de inconveniencia para el mercado de la decisión de clausurar, sin implementar medidas efectivas para suspender la conducta investigada, el procedimiento administrativo 98075313, omitiendo del 10 de junio de 2001 al 31 de julio de 2007, exigir la observancia de los compromisos contenidos en las garantías otorgadas por los operadores de telefonía móvil. Es así, bajo el señalado tamiz, de no haberse probado conducta constitutiva de abuso de posición dominante, o

⁴⁰ Modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009

⁴¹ Modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012

⁴² Consejo de Estado, Manuel Santiago Urueta Ayola, 23 de enero de 2003, Rad. No.: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

aplicación de condiciones discriminatorias de la competencia por las operadoras de telefonía móvil, y que fortalece, contrastado la decisión sancionatoria, adiada 31 de julio 2007, por cuanto asume categórico, le antecedió labor de verificación, vigilancia y control por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, sin que releve por el hecho que en sede de reposición le haya revocado el 18 de agosto de 2010, por cuanto esta decisión igual presupone la indicada labor.

3.4.2.1.3- Igual emerge sin incidencia en la exigida configuración de antijuricidad del daño, las restantes omisiones que en tesis de la activa son reprochables de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, contrastado que no se probó que las operadoras de telefonía móvil hayan incurrido en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998 al 31 de julio de 2007 en conducta constitutiva de abuso de posición dominante, o aplicación de condiciones discriminatorias de la competencia. Advertido que contraen conforme reseña el libelo introductorio y de alegatos de conclusión de las sociedades demandantes, a las siguientes: **(i)** omitir en lapso del 5 de mayo al 10 de septiembre de 2003, en la oportuna declaratoria de impedimento, de quien tenía a su cargo el impulso procesal del radicado 98075313; **(ii)** omitir en el periodo comprendido del 12 de noviembre de 2003 al 6 de febrero de 2004, las respuestas requeridas respecto del precitado procedimiento administrativo, obstaculizando su normal trámite, con dilación del mismo, y **(iii)** omitir respecto del procedimiento administrativo 04126607, iniciado el 04 de noviembre de 2005, adoptar las medidas legales para suspender la conducta investigada.

Y destaca que aunando a las consideraciones que anteceden, conforme acredita la realidad procesal, robustece la ausencia de antijuricidad en el daño, contrastado que dentro del mismo radicado 98075313, se efectuó en lapso de aproximadamente cuatro (4) meses, por el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2999 de 24 octubre de 2003,⁴³ la designación de Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, y con el Decreto 1770 de 2 de junio de 2004, amplió su competencia⁴⁴, para decidir sobre las peticiones que estaban en curso dentro del radicado 04126607.

3.4.2.1.4- Probar la antijuricidad del daño que alega la activa sufrido en lapso comprendido del 16 de diciembre de 1998 al 31 de diciembre de 2007, pérdida en la cuantía de sus utilidades, era carga procesal de las sociedades accionantes, y su

⁴³ Fue designado como Superintendente de Industria y Comercio ad hoc al doctor Rodolfo Danies Lacouture, actual Superintendente de Sociedades 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, Celumóvil y Celcaribe con radicación número 98075313;

⁴⁴ Designar como Superintendente de Industria y Comercio ad hoc al doctor Rodolfo Daniel Lacouture actual Superintendente de Sociedades 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, Celumóvil 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.

no acreditan les comporta desestimar sus pretensiones, como quiera que conforme decantó en el acápite de premisa normativa **(3.3.4)**, la carga de la prueba es sucedáneo de certeza, y tratando de la activa, en principio, le concierne probar los fundamentos fácticos de sus reclamaciones.

Por demás y en contexto de la realidad procesal, las resultas de la indagación preliminar e investigaciones surtidas dentro de los radicados 98075313 y 04126607, corroboran la no antijuricidad del daño fuente de las pretensiones indemnizatorias sub-lite; y destaca trata de decisiones amparadas con presunción de veracidad, aunque trate de actos administrativos de trámite.

3.4.2.2- No encontrándose probada temeridad manifiesta, no procede condena en costas del extremo procesal vencido.

Como quiera que tratándose de proceso que por preceptiva del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, se regula conforme ha venido decantando, por el régimen anterior, se tiene que de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo CCA, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la condena en costas exige que se establezca temeridad del extremo procesal que se grava con aquella, y en contraste con la conducta procesal de los aquí accionantes, no se satisface el precitado requerimiento normativo.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Niegue la objeción por error grave, promovida por la activa, contra la pericia decretada a su solicitud, conforme a las razones aducidas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declárese no probadas las excepciones, por indebida escogencia de la acción, caducidad y falta de legitimación por pasiva, promovida por la activa, conforme a las razones aducidas en la parte motiva.

TERCERO: Niéguese las pretensiones de la demanda, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia.

CUARTOO: Sin condena en costas conforme decantó en el anterior considerando.

TERCERO: Ejecutoriada liquídense por Secretaría los gastos de proceso, y

devuélvanse los remanentes al interesado. Pasados dos (2) años sin que hubieren sido reclamados dichos remanentes, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial.

QUINTO: Cumplido lo anterior, por Secretaría de esta Subsección, **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente a través de plataforma Samai

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

SMCQ