



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

**Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicación: 11001-03-24-000-2017-00007-00**  
**Demandante: PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S.**  
**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Auto que resuelve el recurso de súplica**

La Sala procede a resolver el recurso de súplica interpuesto por la sociedad Laboratorio Incobra S.A., en su calidad de tercero interesado en las resultas del proceso, en contra de la decisión que declaró no probada la excepción de caducidad de la acción judicial, proferida por doctor Hernando Sánchez Sánchez, magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado, en la audiencia inicial celebrada el 27 de mayo de 2019.

**I.- ANTECEDENTES**

La sociedad **Productos Padel S.A.S.**, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, con miras a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 83631 de 4 de diciembre de 2016, por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio revocó la Resolución No. 41306 de 24 de junio de 2016, para, en su lugar, negar el registro de la marca "**FOSFOCEREBRINA**", para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª de la Clasificación Internacional de Niza.

La demanda fue admitida mediante auto de 31 de octubre de 2018<sup>1</sup>; providencia en la que se ordenó, entre otras cosas, vincular a las sociedades **Laboratorios Incobra S.A.** y **Laboratorios Finlay de Colombia S.A.S.**; en razón del interés que

<sup>1</sup> Folios 77 a 80.



les asiste en las resultas del proceso, por cuanto dichas sociedades se opusieron al registro de la marca objeto de debate en el *sub lite*; en consecuencia, el magistrado sustanciador dispuso que se les notificara de la demanda, con la finalidad de que contestaran la misma, propusieran excepciones, solicitaran pruebas, llamaran en garantía o de considerarlo pertinente propusieran demanda de reconvención.

Dentro del término establecido para tal efecto, la sociedad Laboratorios Incobra S.A., mediante memorial radicado el 12 de diciembre de 2018<sup>2</sup>, contestó la demanda y propuso como excepción previa la caducidad de la acción, los argumentos planteados para la prosperidad de la cita excepción, son del siguiente tenor:

*"[...] El literal d) del numeral 2. del artículo 164 del CPACA establece el término de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho. El término de los cuatro meses que tenía PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S. para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicha la (sic) Resolución No. 83631 de 4 de diciembre de 2016 comenzó el 6 de enero de 2017 y venció el 6 de mayo de 2017, término durante el cual no fue presentada la demanda por PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADE S.A.S., pues la demanda fue presentada prematura y extemporáneamente, el 16 de diciembre de 2016, cuando no había surgido para el demandante PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S. el derecho al ejercicio del medio de control, nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Resolución No.83631 de 4 de diciembre de 2016, pues no había sido notificada la resolución. Para PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S. solo surgió el derecho de ejercer el medio de control denominado acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 83631 de 4 de diciembre de 2016 a las partes: a la sociedad solicitante de la marca, PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S., y a las dos sociedades opositoras a la solicitud de la marca, LABORATORIOS INCOBRA S.A. y LABORATORIOS FINLAY DE COLOMBIA S.A. (sic) [...]"*

## II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, celebrada el 21 de marzo de 2019, el Despacho sustanciador del proceso, al resolver la excepción de caducidad propuesta por el tercero interviniente, dispuso<sup>3</sup>:

*"[...] En jurisprudencia reiterada de este Despacho y de esta Sección se ha considerado que (...) 'la notificación por conducta concluyente se configura cuando la persona interesada realiza una manifestación a partir de la cual se puede concluir que conoce la decisión administrativa, verbigracia, cuando presenta recursos o demandas, otorga poder, manifiesta en un escrito que conoce del acto o lo menciona en un documento que lleva su firma' (...)"*

<sup>2</sup> Folio 244 a 253.

<sup>3</sup> Se transcribe lo pertinente, del acta contentiva de la audiencia inicial visible de folios 664 a 666.



Con fundamento en todo lo anterior, este Despacho considera que: a) la parte demandante, al ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con la presentación de la demanda en la Secretaría de la Sección Primera de la Corporación, el 16 de diciembre de 2016, manifestó que conocía el acto administrativo acusado y, por tanto, se notificó por conducta concluyente en los términos del artículo 72 de la Ley 1437, en aplicación del principio del complemento indispensable; b) que, en este caso, no ocurrió la notificación por medios electrónicos establecida en la Circular Única mencionada supra y por ende no se requería renunciar o esperar al cumplimiento de los términos establecidos en la misma para acudir al derecho de acción ante la jurisdicción; y c) verificado que con la admisión y trámite de la demanda no se vulnera ningún principio constitucional y legal, y se garantiza de manera efectiva el acceso a la administración de justicia; este Despacho declarará no probada la denominada 'excepción de caducidad' formulada por el tercero con interés directo en el resultado del proceso, Laboratorio Incobra S.A. [...].

### III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El tercero interesado en las resultas del proceso, dentro de la oportunidad brindada en la audiencia inicial, interpuso recurso de reposición en contra de la decisión que declaró no probada la excepción de caducidad planteada por este, dicho recurso fue sustentado en los siguientes términos:

*"[...] Aquí tenemos que distinguir dos cosas, la conducta concluyente y la notificación. La conducta concluyente solamente se da cuando un acto administrativo o una providencia judicial tiene vida legal, otro es el tema de la ejecutoria. Para hablar de la conducta concluyente tiene que existir un acto administrativo notificado, si no hay un acto administrativo notificado sino un proyecto de acto, no puede hablarse de conducta concluyente, porque bien podría suceder, que el proyecto de acto administrativo que se presentó el 16 de diciembre de 2016 con la demanda, no fuera notificado el 5 de enero del año siguiente, porque se le ocurrió a la Superintendencia introducir algunos cambios o cambió de manera de pensar.*

*Entonces, la conducta concluyente exige necesariamente la existencia física y jurídica de un acto administrativo o de una providencia que tenga existencia legal, mientras no tenga existencia legal, no puedo notificarme por conducta concluyente. La conducta concluyente ocurre cuando por algún motivo no me ha sido notificado a mí un acto administrativo o una providencia judicial que se tenga que notificar personalmente y yo concurre al tribunal y le digo al señor juez y le digo: 'Mire voy a ejercer una acción contra esta providencia o contra este acto administrativo que ya fue notificado aunque a mí no se me ha notificado personalmente', pero tiene que tener existencia legal. Lo segundo que en cuanto ¿Con esta decisión no se vulneran derechos? Sí, se vulneran varios derechos, empezando el del debido proceso, porque no se pueden admitir demandas contra actos administrativos que no tienen existencia legal.*

*En segundo lugar, pues toda la defensa que hacen las personas perjudicadas con los derechos pretendidos, pues se vulneran en el momento en que no se demanda una decisión que les favorece debidamente. Yo no entiendo como sucedió esto, que la demanda fue recibida sin examinarla por parte del Despacho, y mucho menos entiendo cómo fue admitida con semejante*



*problema tan grande, y es que no existía el acto administrativo, copia del acto administrativo demandado ni la copia de la constancia de su notificación y ejecutoria, tan fue así, por eso me extraño que no se oyera en el recuento de la demanda, no se hubiera dicho que la demanda fue inadmitida precisamente por esta razón de que no existía una notificación del acto administrativo ni constancia del mismo. Entonces, señor Magistrado, estas son las razones por las cuales considero que debe prosperar la excepción de caducidad porque no se presentó en término la demanda, se presentó extemporáneamente cuando no existía acto administrativo al (sic) cual pudiese ser impugnado [...]"<sup>4</sup>.*

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante, al descorrer traslado del referido recurso, manifestó:

*"[...] el apoderado del tercero interviniente habla de un proyecto de acto administrativo con la notificación, figura a la cual no tiene sustento alguno, por cuando el acto administrativo nació y existió, fue una manifestación de la voluntad de la Superintendencia de Industria y Comercio que se notificó mediante correo electrónico el día siguiente. Él está confundiendo un término que es la existencia misma del acto administrativo con la notificación, cosa distinta, por lo cual apoyamos el argumento del honorable Magistrado referente a la conducta concluyente que dio notificación a la parte demandante [...]"*.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

En primer lugar, cabe poner de relieve que de conformidad con el numeral 6º del artículo 180 del CPACA, *"El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso"*. Así pues, y comoquiera que la decisión objeto del presente debate consistió en declarar como no probada una excepción, dentro del trámite de la única instancia, para la Sala es evidente que el recurso procedente para cuestionar dicha decisión es el de súplica. Con fundamento en lo anterior, se procede a emitir pronunciamiento al respecto.

Así las cosas, la Sala destaca que el argumento principal del recurrente consiste en que la notificación por conducta concluyente es inoperante cuando el acto administrativo no ha sido debidamente notificado al presunto afectado, pues dicha figura jurídica exige necesariamente la existencia física y jurídica de un acto administrativo o de una providencia que tenga existencia legal, dado que con ello se vulnerarían *"varios derechos, empezando el del debido proceso, porque no se*

<sup>4</sup> Minuto 18:45 a 23:13 de la audiencia inicial.



*pueden admitir demandas contra actos administrativos que no tienen existencia legal".*

Con base en lo anterior, el recurrente aseguró que la demanda fue presentada de manera extemporánea, toda vez que el acto acusado no había nacido a la vida jurídica al momento de ser demandado; en consecuencia, solicitó revocar la decisión mediante la cual se había declarado no probada la excepción de caducidad de la acción.

Por su lado, la parte demandante manifestó que el tercero interviniente estaba confundiendo la existencia misma del acto acusado con el término de su notificación, comoquiera que dicho acto nació a la vida jurídica por ser una manifestación de la voluntad de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual le fue notificada mediante correo electrónico el día siguiente de su expedición.

Ahora bien, el magistrado sustanciador del proceso, al resolver sobre la excepción de caducidad de la acción, consideró que la misma no se encontraba probada, en tanto la parte demandante al ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra dicho acto, manifestó que conocía sobre la existencia del mismo, lo cual en términos del artículo 72 del CPACA, debía ser entendido como la notificación por conducta concluyente; así pues, y dado que la demanda fue presentada en término, no era procedente decretar la caducidad del medio de control.

En ese orden de ideas, la materia jurídica a resolver se restringe a determinar si al haberse interpuesto la demanda, previo a que se surtiera la ejecutoria del acto cuya nulidad se depreca, ocurrió el fenómeno de la caducidad. Ello en el entendido de que, a juicio del recurrente, cuando la demanda se presentó no había empezado a transcurrir la oportunidad de su interposición, vulnerándose con ello su derecho fundamental al debido proceso.

Así pues, es preciso destacar que de conformidad con el artículo 72 del CPACA<sup>5</sup>, los actos administrativos no se entenderán eficaces cuando la entidad que los expide omite realizar su correspondiente publicación, citación, comunicación o

<sup>5</sup> "ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales".



notificación, según corresponda, o cuando dichas actuaciones se hubiesen efectuado de manera irregular.

En tal contexto, la Sala recuerda que la existencia y la eficacia<sup>6</sup> de las decisiones de la administración no son conceptos análogos, pues los actos administrativos ***“existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación”***<sup>7</sup>.

Ahora bien, es preciso destacar que el artículo 6° de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, establece que: *“La oficina nacional competente podrá establecer un sistema de notificación que permita comunicar adecuadamente sus decisiones a los interesados”*.

En cumplimiento de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio reglamentó esa actuación en el numeral 6.2. del Título I de su Circular Única, artículo que en lo relacionado con la notificación de los actos administrativos que ponen fin a una actuación, dispone lo siguiente:

***“[...] a) Notificación de los actos que pongan fin a una actuación administrativa. La notificación de los actos que pongan fin a una actuación administrativa se efectuará por medios electrónicos de la siguiente manera:***

***Una vez expedido el acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa se remitirá un correo electrónico a cada una de las personas que deban ser notificadas, avisándole sobre la resolución proferida y presentando el vínculo electrónico para la visualización de su contenido. En el mencionado correo electrónico se indicará el número de expediente y el del acto administrativo notificado.***

***Si la parte a notificar es una persona natural, la notificación se realizará a la dirección de correo electrónico para notificaciones aportada por ésta o en caso de contar con apoderado o representante, a la informada por este para propósitos de notificación.***

***Si la parte a notificar es una persona jurídica, la notificación se hará a la dirección de correo electrónico para notificaciones reportada por el representante legal o apoderado a la Superintendencia de Industria y***

<sup>6</sup> Penagos, Gustavo (2011) *El Acto Administrativo Tomo II*. Novena Edición, Editorial Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., Colombia.

«La jurisprudencia, la doctrina, y el Decreto 01 de 1984, han aceptado la teoría francesa de que el Acto Administrativo existe desde el momento en que se profiere, pero, que no produce efectos jurídicos, sino después de la publicación, o notificación, según se trate de un Acto Administrativo de carácter general, o particular.

«La falta de publicación o de notificación de una decisión administrativa, no produce nulidad del acto, por cuanto en realidad no ha entrado legalmente en vigencia. En caso que la autoridad, o autor del acto lo haga cumplir, sin los requisitos de publicidad, antes anotados, incurre en una vía de hecho, en un acto arbitrario, y el afectado, tendría que demandar no el acto que no conoce, sino un hecho administrativo, o bien una vía de hecho que es el error más grave que pueda cometer la administración». Pág.749

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-957 de 1° de diciembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



Expediente No. 11001-03-24-000-2017-00007-00  
 Demandante: Productos Alimenticios PADEL S.A.S.  
 Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

*Comercio, y en caso de no contar con la misma, a una cualquiera de las que aparezcan en el registro mercantil.*

*En el evento que no sea posible la recepción del correo electrónico por alguna situación atribuible al solicitante o a su apoderado o representante, como por ejemplo el cambio o eliminación de la dirección de correo electrónico o la falla del servicio por parte del proveedor del correo electrónico, se deberá dejar constancia en el expediente de la recepción fallida.*

**La notificación se entenderá surtida pasado un (1) mes de la fecha del envío del correo electrónico, fecha a partir de la cual se contabilizarán los términos para que se produzca la firmeza del acto administrativo y/o para la presentación de los recursos procedentes.**

**En cualquier caso, y cuando el término esté concedido a su favor, cada parte podrá renunciar a los términos que estén corriendo, mediante la presentación de escrito dirigido a esta Entidad en el que se indique el acto administrativo y el expediente correspondiente o a través del Sistema de Información de Propiedad Industrial (SIPI) [...] (Destacado y subraya del Despacho).**

De la anterior cita es dable concluir que la notificación de los actos administrativos relacionados con asuntos de la propiedad industrial, tiene un procedimiento especial, de acuerdo con el cual una vez el acto administrativo es expedido su contenido se les notifica a las partes por correo electrónico. Sin embargo, es preciso destacar que dicho acto solo cobrará firmeza transcurrido un mes desde del envío de la respectiva notificación, es decir, que de un lado se encuentra la notificación y de otra parte el término establecido por la norma para que dicho acto se encuentre ejecutoriado.

Así pues, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la ausencia de notificación del acto demandado afectó su existencia, en tanto que, el acto existió y fue notificado en los términos establecidos para tal efecto; circunstancia distinta es que el demandante al presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho haya renunciado expresamente al término que establece la disposición en comento para su ejecutoria, facultad que le asiste en los términos de la norma transcrita.

En este sentido, y comoquiera que en contra del acto en cuestión no procedía ningún recurso<sup>8</sup>, el demandante tenía la posibilidad demandar su legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, actuación que sin lugar a equívocos,

<sup>8</sup> En el artículo 5º de la Resolución N°83631 de 4 de diciembre de 2016, visible a folio 37 del cuaderno principal, se dispuso lo siguiente:

«ARTÍCULO QUINTO: Notificar a PRODUCTOS ALIMENTICIOS PADEL S.A.S., parte solicitante y a las opositoras LABORATORIOS FINLAY DE COLOMBIA S.A.S. y LABORATORIOS INCOBRA S.A., el contenido de la presente Resolución, entregándoles copia de la misma y advirtiéndoles que contra ella no procede recurso».



permite concluir que el demandante conocía en su integridad del contenido del acto demandado. De ahí que, como lo dispuso el magistrado sustanciador del proceso, no sea procedente declarar configurada la caducidad del medio de control, por cuanto la demanda se presentó dentro del término establecido por el artículo 138 del CPACA<sup>9</sup>.

Debido a lo anterior, se considera que la interposición de la demanda previo a que feneciera el término otorgado por la norma pertinente para la firmeza del acto, no se puede erigir en una talanquera al derecho de acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión tomada en audiencia inicial de 27 de mayo de 2019, por medio de la cual, el magistrado sustanciador del proceso, doctor Hernando Sánchez Sánchez declaró no probada la excepción de caducidad.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión tomada en audiencia inicial de 27 de mayo de 2019, por medio de la cual, el magistrado sustanciador del proceso, doctor Hernando Sánchez Sánchez declaró no probada la excepción de caducidad.

**SEGUNDO:** En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Despacho de origen.

---

<sup>9</sup> **"ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".*



Expediente No. 11001-03-24-000-2017-00007-00  
Demandante: Productos Alimenticios PADEL S.A.S.  
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

  
**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado  
Presidente

  
**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado

  
**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado

P: (17).