

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

JORGE ENRIQUE NAVARRO NOREÑA
KALEV GIRALDO ESCOBAR
MARCELA ORAMAS FONSECA

DIRECTOR DE MONOGRAFÍA: Dr ARTURO CRISTANCHO

MONOGRAFÍA: PROCEDIMIENTO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE
INDUSTRIA Y COMERCIO EN INVESTIGACIONES DE COMPETENCIA
DESLEAL

FACULTAD: DERECHO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
Capítulo I	
Atribuciones jurisdiccionales a Entidades Administrativas.....	4
Capítulo II	
Antecedentes en materia de Competencia Desleal.....	37
Capítulo III	
Procedimiento de investigación por conductas constitutivas de Competencia Desleal.....	56
Capítulo IV	
Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.....	105
Capítulo V	
Propuesta jurídica sobre el procedimiento adelantado en la Superintendencia de Industria y Comercio en investigaciones por Competencia Desleal.....	150
CONCLUSIONES.....	157
BIBLIOGRAFIA.....	164
ANEXOS	
Gráficas.....	167
Estadísticas.....	178
Sentencia C-384 de 2000.....	186
Sentencia C-592 de 1992.....	226
Sentencia T-297 de 1997.....	250
Sentencia C-535 de 1997.....	259
Sentencia C-1641 de 2000.....	280
Sentencia C-649 de 2001.....	306
Sentencia C-415 de 2002.....	336

INTRODUCCION

El mercado ha sido tema de suma importancia en países en busca de su desarrollo. Siempre se ha observado como las grandes ciudades, aun desde los primeros siglos, han buscado la forma de progresar para satisfacer sus necesidades, el intercambio de bienes y servicios, seguido por la aparición de la moneda hasta terminar con el comercio de hoy en día por crédito o comercio electrónico.

Gracias a esa evolución y el afán de toda sociedad de mejorar la calidad de vida e implementar mejores sistemas en materia de adquisición y venta de bienes y servicios y por muchos factores que afectaban las costumbres y la buena fe comercial, se hizo necesario en nuestro país, la expedición de normas en materia de economía de mercados y libre competencia como factor esencial en nuestra sociedad.

Es por eso que nos encontramos con leyes relativas al comercio como:

- Ley 110 de 1914
- Ley 31 de 1925
- Ley 59 de 1936
- Ley 155 de 1959
- Decreto 410 de 1971

- Ley 178 de 1995
- Ley 256 de 1996
- Ley 448 de 1998

Las anteriores leyes de una u otra manera regularon actividades, participantes, el mercado, con el objetivo de lograr que la competencia de los mismos se hiciera dentro del marco de la eficiencia, libertad e igualdad, siempre tomando en cuenta los postulados dados por el Estado, trazando el patrón en el ámbito sustancial y procesal en materia comercial, siempre sujeto a las circunstancias de tiempo y modo que se iban presentando en Colombia.

A lo largo del siglo XX se le ha dado mas importancia al determinar cuál es el ente jurídico que tiene la competencia para conocer de estos asuntos y sobre todo cuáles son las atribuciones del mismo, cuáles detenta en este momento, cuáles se le han suprimido. Para esto hay que tener en cuenta las opiniones de los diferentes entes estatales que se han visto involucrados en este proceso.

Por lo anterior, el presente trabajo estudiará la evolución de la institución de la competencia desleal en Colombia desde la óptica de las funciones administrativas y jurisdiccionales con que cuenta el ente regulador del tema, sus antecedentes, así como el procedimiento que en la actualidad se encuentra tipificado para determinar si una

conducta es o no constitutiva de competencia desleal, para terminar con una propuesta jurídica de un procedimiento basado en el análisis y evaluación crítica del mismo.

También se hará un análisis de los pronunciamientos de las altas cortes sobre la materia, con el fin de realizar una comparación de los mismos, basados en la observación de los argumentos que cada una de estas instituciones ha emitido en la parte motiva de los distintos fallos, a fin de demostrar que la uniformidad no ha sido uno de los elementos operantes sino por el contrario, la tendencia a la disparidad en unos y otros, ha llevado a discusiones, generándose en la mayoría de los casos, confusión, conflicto en la aplicación de las normas.

CAPITULO I

ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES A ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

El presente capítulo estudia los antecedentes en el ámbito del derecho comparado con el objetivo de determinar si existe algún tipo de similitudes y/o diferencias que se presentan entre uno y otro país y cuáles son las normas consagradas en cada sistema jurídico.

Posteriormente estudiaremos el ámbito del derecho colombiano observando cuáles han sido las normas que se han dictado en torno a la posibilidad de otorgar funciones jurisdiccionales a entidades administrativas.

Derecho Comparado

Haremos un estudio de los países que consideramos de mayor relevancia en el tema, bien sea por la influencia que de alguna manera puedan tener sobre la legislación colombiana, o porque el país en cuestión contiene elementos significativos o sui generis que justifican el análisis de sus normas, con el fin de ver si existen efectivamente o no autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales.

Venezuela: El ordenamiento jurídico venezolano considera que la administración de justicia se encuentra radicada y proviene de los ciudadanos, y es dada por virtud de ese principio democrático a las autoridades que determine la misma constitución¹.

Las autoridades que Administran Justicia² deben no solamente conocer de los asuntos que por competencia le sean asignados y bajo el procedimiento que este previsto en cada uno de ellos, sino que al igual que el sistema español deben ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias³, postulado de bastante importancia en aras de satisfacer de manera completa a la persona que se encuentre favorecida por el fallo proferido, en virtud de poder acceder al cumplimiento de la sentencia de una manera más expedita, eficiente y certera.

¹ Constitución de Venezuela, artículo 253. “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la Ley”.

² Ib-idem: “El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la Ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la Ley y los abogados autorizados para el ejercicio.”

³ Ib-idem. “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las Leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.”

Más adelante, y en concordancia con las disposiciones de la constitución mexicana, se consagra la imposibilidad de los funcionarios judiciales de desempeñar cualquier otro tipo de empleo o aceptación de cargo distinto a aquel para el cual fueron nombrados dentro de cualquiera de los órganos pertenecientes a la Rama Judicial, con el fin de evitar la parcialización y lograr que los fallos se profieran de manera independiente y bajo la óptica de la objetividad que los debe caracterizar⁴.

Ecuador: Analizando el caso frente a este país, observamos que su ejercicio se otorga a los Órganos que hacen parte de la Rama Judicial⁵, la cual es independiente al momento de actuar, siempre bajo el parámetro de sus atribuciones y deberes⁶.

Expresamente se reconocen sistemas alternativos de resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje entre otros, así como la posibilidad de que las autoridades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales siempre que se sujeten al derecho consuetudinario y no contraríen la Ley suprema ni las Leyes en general⁷.

Pero en ningún momento las disposiciones de la Carta Política dan la posibilidad para que de manera excepcional, las autoridades administrativas puedan ser investidas con facultades jurisdiccionales. Ello se da expresamente para el caso de las autoridades de los pueblos indígenas, con lo cual se cierra cualquier otro tipo de eventualidad por no estar considerado en ninguna norma de las que hacen parte de la Constitución ecuatoriana.

⁴ Ib-idem, artículo 256. “Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o magistradas, jueces o juezas, fiscales o fiscalas del Ministerio Público y defensores públicos o defensoras públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.”

⁵ Constitución Nacional de Ecuador, artículo 191, inciso 1°. “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. Artículo 198 ibídem: “Serán órganos de la Función Judicial: 1. La Corte Suprema de Justicia. 2. Las cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la Ley. 3. El Consejo Nacional de la Judicatura.

La Ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia.

⁶ Ib-idem, artículo 199. “Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley

⁷ Ib-idem, artículo 191, inciso 2°. “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las Leyes. La Ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

México: El poder judicial en México, se encuentra radicado en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Electoral, los Tribunales colegiados y unitarios de circuito, juzgado del distrito y un Consejo de la Judicatura Federal⁸. Todas los funcionarios pertenecientes al poder judicial, deberán dedicarse exclusivamente a su labor sin que les quepa la posibilidad de ejercer ningún otro cargo o empleo excepto aquellos cargos no remunerados como la docencia entre otros⁹.

Igualmente, los funcionarios que hagan parte del Poder Judicial luego de retirarse, no podrán dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, actuar como abogados, representantes en procesos ante los órganos que hacen parte de dicho poder¹⁰.

Es importante resaltar el inciso 2° del artículo 94¹¹ de la constitución mexicana, toda vez que considera que será la Ley quien determine, los casos en que los fallos de la Jurisprudencia ya sea ésta sobre la interpretación de la misma Constitución, la Ley, los reglamentos, o tratados celebrados por México que emitan cualquiera de los Tribunales es de carácter obligatorio.

Vemos también en este punto, que la Constitución mexicana tampoco da la posibilidad para el ejercicio de funciones jurisdiccionales de manera excepcional por parte de ningún tipo de autoridades administrativas.

Estados Unidos: El esquema que se maneja en Estados Unidos, corresponde al siguiente: La función jurisdiccional se ejerce por un Tribunal Supremo y por los Tribunales inferiores que el Congreso determine en cuanto las necesidades lo ameriten.

⁸ Constitución de México, artículo 94. “Se deposita el ejercicio del poder judicial de la federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal electoral, en tribunales colegiados y unitarios de circuito, en juzgados de distrito, y en un consejo de la judicatura federal.”

⁹ Ib-idem, artículo 101, inciso 1°. “Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito, los jueces de distrito, los respectivos secretarios, y los consejeros de la judicatura federal, así como los magistrados de la sala superior del tribunal electoral, no podrán, en ningún caso, aceptar ni desempeñar empleo o encargo de la federación, de los estados, del Distrito Federal o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia.”

¹⁰ Ib-idem, inciso 2°. Las personas que hayan ocupado el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia, magistrado de circuito, juez de distrito o consejero de la judicatura federal, así como magistrado de la sala superior del tribunal electoral, no podrán, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante los órganos del poder judicial de la federación.”

¹¹ Ib-idem, artículo 94, inciso 2°. “La Ley fijara los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del poder judicial de la federación sobre interpretación de la constitución, Leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.”

El ejercicio de la función de juez en cualquiera de los Tribunales, depende de la buena comportamiento con el cual se desempeñen en sus cargos¹². Es decir, en el momento que alguno de los funcionarios públicos investidos como jueces, sea del Tribunal Supremo o de los Tribunales inferiores, realice actuaciones contrarias al buen proceder como corresponde por la calidad que ostenta, dejará su cargo.

Ahora bien, toda persona que sea juzgada por cualquier tipo de delito, deberá contar con un Jurado, excepto si la persona es acusada por un delito que tiene la connotación de responsabilidad de tipo oficial¹³.

Como se observa, la estructura del ejercicio de la potestad jurisdiccional, se encuentra siempre desligada y es independiente de las demás ramas. El equilibrio que encuentra el sistema jurídico norteamericano, se basa en la participación ciudadana que hace parte de un Jurado que estará presente en el momento en que se esté juzgando al imputado.

Al parecer por la redacción de la norma, lo que quería el legislador era que de una u otra manera los ciudadanos norteamericanos intervinieran por medio de su cooperación como elemento justificador del estado democrático en el cual la soberanía recae en el pueblo, pero no que éstos ni ningún otro tipo de autoridades diferentes a los enunciados en la disposición, formaran parte del Poder Judicial.

España: Existen dos disposiciones esenciales para el análisis de nuestro tema: de una parte la constitución española consagra en el numeral primero de su artículo 117¹⁴ a los

¹² United States Constitution, Section 1: "The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office."

¹³ *Ib-idem*, section 2. "The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;--to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;--to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;--to controversies to which the United States shall be a party;--to controversies between two or more states;--between a state and citizens of another state;--between citizens of different states;--between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects. In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make.

The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the state where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any state, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed."

Magistrados y Jueces como organismos estatales que administran justicia; de otro lado, en su artículo 125¹⁵ contempla la posibilidad de que los Tribunales de Jurados y los Tribunales Consuetudinarios, administren justicia. El punto está en determinar cuáles son las características de unos y otros organismos, y si existe o no una excepción en materia de atribuciones jurisdiccionales respecto de la norma precedente.

Respecto del numeral 1º artículo 117, lo primero que se puede afirmar es que el sistema en el cual se basa el poder que tienen los organismos para administrar justicia, se encuentra basado en la voluntad popular, lo cual de entrada está dando la legitimidad como principio de principios en el tema.

Así tanto los Tribunales como los Jueces están investidos por el consentimiento que el pueblo a otorgado en ellos para cumplir con las atribuciones que la misma constitución y las Leyes les han otorgado.

Posteriormente se observa que el elemento central de la administración de justicia se radica en la figura del Rey. Este componente implica que dentro de los valores morales sobre los cuales deben fallar los organismos judiciales emana del Rey como “símbolo de la unidad y permanencia del Estado”¹⁶.

Ahora bien, en la organización de los poderes en España a través de la norma en cuestión, se deduce que existe una clara separación de los mismos, al establecer que las decisiones proferidas por Magistrados y Jueces son independientes. El término inamovible hará entonces referencia al hecho de que las sentencias hacen tránsito a cosa juzgada y no podrán ser susceptibles de variación alguna.

En este sentido, el tratadista español De Otto dice lo siguiente: “El efecto de la cosa juzgada es una cualidad que no concurre con ninguna resolución administrativa y que, en consecuencia, otorga su sentido característico a la potestad jurisdiccional. En efecto, de cosa juzgada se traduce en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos, como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme (cosa juzgada material).”

¹⁴ Lex Superior Española, artículo 117, numeral 1º. “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos al Imperio de la Ley”.

¹⁵ Constitución Española, artículo 125. “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurados en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

¹⁶ Constitución Española, artículo 56

Finalmente la norma habla de la responsabilidad y sometimiento a la Ley de los Jueces y Magistrados. Esta norma debe estudiarse en concordancia con los artículos 117, numeral 3¹⁷ y 118¹⁸ de la Lex Superior, pues este es uno de los principios que mejor plasman el cumplimiento de dichas atribuciones, al colocar en cabeza de estas autoridades una carga que no se limita tan solo a proferir la decisión por medio de un fallo y creer que con ello sus funciones fueron suficientes, sino que la satisfacción de la persona o personas que acudieron a la justicia en aras de un fallo justo, debe encontrarse satisfecho con la obligación de las autoridades en el cumplimiento del fallo emitido. Es decir, que a diferencia del ordenamiento colombiano donde desafortunadamente la función jurisdiccional de cada una de las autoridades que cumple dicha función, se encuentra limitada sin perjuicio ni sanción de ninguna índole, hasta el momento en que se emite el fallo correspondiente, sin que tenga que cooperar en la realización efectiva del fallo, el ordenamiento constitucional español impone una carga adicional a los Jueces y Magistrados en virtud de la observancia y colocación de todos los medios necesarios para que la Sentencia proferida por ellos se cumpla, so pena de hacerse sujetos a una responsabilidad por omisión en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, la potestad jurisdiccional no se agota con el fallo sino que es necesario que los Jueces y Magistrados se proyecten a la fase ejecutoria del mismo.

Además, de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 117 se concluye que la titularidad de la función jurisdiccional está de manera primordial y única en cabeza de Tribunales y Juzgados, norma que se acentúa cuando el numeral 6° del artículo 117¹⁹ prohíbe cualquier clase de Tribunales de excepción y el numeral 1° del artículo 101²⁰ los considera ilícitos. El Tribunal Constitucional mediante sentencia n°75 de 1982 sostuvo que “El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto a determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria”.

Ese principio de exclusividad debe ser mirado desde dos puntos de vista: El primero que es de carácter positivo en donde los Jueces y Tribunales ejercen la potestad jurisdiccional de manera exclusiva juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; y lo segundo de carácter negativo, cuando el numeral 4° del artículo 117²¹ dispone que sólo

¹⁷ Constitución Española, artículo 117, numeral 3°. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

¹⁸ Lex Superior Española, artículo 118. “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Magistrados, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

¹⁹ Ib-idem, artículo 117, numeral 6°. “Se prohíben los Tribunales de excepción.”

²⁰ Lex Superior Española, artículo 101, numeral 1°. “Serán ilícitos cualesquiera tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.”

²¹ Constitución Española, artículo 117, numeral 4°. “Los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado) y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.”

podrán ejercer aquellas facultades que les hayan sido asignadas de acuerdo con el numeral 3° del artículo 117 y las que expresamente determine la Ley.

Sin embargo, el principio de exclusividad encontrará excepción en el artículo 125²² de la Constitución española, por cuanto se abre la posibilidad para que los Tribunales de Jurados y los Tribunales Consuetudinarios y tradicionales ejerzan funciones jurisdiccionales aun cuando la misma se encuentra en cabeza de los Tribunales y Juzgados.

En efecto, el mandato constitucional previsto en este artículo, fue desarrollado mediante la expedición de la Ley orgánica 5 del 22 de mayo de 1995 denominada del Tribunal del Jurado. Dicha legislación declaró que la organización del Tribunal de Jurado²³ sería por dos vías: la primera que es la llamada por la constitución como tal “participación ciudadana” de acuerdo con el artículo 125, en donde el Jurado se conformará por 9 ciudadanos o jueces legos²⁴ más dos suplentes de unos u otros en caso de falta por enfermedad o cualquier otra imposibilidad de los principales jurados.

Además, el Tribunal estará conformado por un Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, que será o bien un Magistrado de la Audiencia Provincial (cuando el Juicio del Jurado se desarrolle en el ámbito de la Audiencia Provincial) o un Magistrado de la Sala civil-penal del Tribunal Superior de Justicia (cuando se trate de aforamiento y el aforado lo es dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma).

Es una doble estructura por cuanto los 9 ciudadanos o legos darán un veredicto declarando la inocencia o culpabilidad de la persona en cuestión, dando una declaración motivada que respalde que está probado el supuesto de hecho. En este punto vale mencionar, que el quórum del Jurado será diferente en uno y otro caso así: mayoría cualificada (7 de los 9 votos) para declarar la culpabilidad y mayoría simple (5 de los 9 votos) en caso de inocencia; y por otra parte, el Magistrado Presidente posteriormente será quien dicte la Sentencia dando la pena y/o medida de seguridad al enjuiciado, a más de cumplir la función de controlar que las decisiones del Jurado estén dentro de los límites de la legalidad.

²² Constitución Española, artículo 125. “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

²³ La Ley Orgánica de Tribunal de Jurado, sostiene como un deber tanto jurídico como moral al disponer en su artículo 6° lo siguiente: “La función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta Ley”.

²⁴ De acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Básico, el Lego es aquella persona que siendo profesa no tiene opción a las sagradas órdenes. Sinónimo de laico o hermano.

En relación con los Tribunales Consuetudinarios Tradicionales, fueron desarrollados por la Ley Orgánica 6 de 1985 y se diferencian principalmente frente a los Tribunales de Jurados, en que están conformados por 8 miembros que deben tener profundos conocimientos jurídicos de derecho escrito y consuetudinario²⁵ por cuanto ellos sí participan en la elaboración de la Sentencia.

En consecuencia, la conclusión a la cual se llega después de analizar las normas a través de las cuales se delimita la función jurisdiccional podemos concluir que:

1. Se ejerce exclusivamente por Tribunales y Magistrados, y de acuerdo con el artículo 26 de la LOPJ, corresponde a los siguientes Juzgados y Tribunales: juzgados de paz, juzgados de primera instancia e instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; Audiencias provinciales; Tribunales Superiores de Justicia; Audiencia Nacional y Tribunal Supremo.
2. La potestad jurisdiccional cuenta con características como la responsabilidad, inamovilidad, independencia, exclusividad, subordinación al imperio de la Ley y la obligación no solo de proferir el fallo sino de ejecutarlo.
3. No se observa dentro de ninguna de las disposiciones citadas, que se atribuyan funciones jurisdiccionales a entidades administrativas sino netamente a particulares en un triple sentido: mediante las acciones populares, mediante los Jurados o a través de los Tribunales Consuetudinarios.

Italia: En la constitución italiana la función jurisdiccional tiene como base el pueblo, pues es a nombre de él que los órganos jurisdiccionales administran justicia, sometidos al imperio de la Ley²⁶.

El ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra en cabeza de los magistrados ordinarios, quienes encuentran su sustento en las normas legales que para el caso se profieran, prohibiéndose que existan en modo alguno Jueces de excepción ni Jueces especiales, pero dentro de cada uno de los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, podrán instituirse secciones especiales por temas específicos y dentro de dichas secciones, se abre la posibilidad de participación ciudadana, siempre que las

²⁵ Este requisito no es necesario en los Tribunales de Jurado de acuerdo con el artículo 8° de la Ley Orgánica 5 de 1985 que enumera como requisitos para ser parte en un Tribunal de Jurado los siguientes: 1° Ser español mayor de edad (18 años); 2° Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos; 3° Saber leer y escribir; 4° Ser vecino de cualquiera de los municipios de la provincia en que se hubiere cometido el delito, al tiempo de la designación como candidato a jurado; 5° No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado.

²⁶ Costituzione Italiana, articolo 101. "La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge."

personas intervinientes no pertenezcan a la Magistratura. Igualmente, la constitución dispone que por vía legal se regularán los casos y formas en que pueden participar los ciudadanos italianos.²⁷

El principal órgano que ejerce funciones jurisdiccionales es el Consejo Superior de la Magistratura, de orden autónomo e independiente de cualquier otro poder, dirigido por el Presidente de la República y del cual forman parte como miembros, el Primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo²⁸.

Los demás órganos jurisdiccionales son: El Consejo de Estado, El Tribunal de Cuentas, Los tribunales militares.

Antecedentes en Colombia

Constitución 1886: En la promulgación de la constitución de 1886, el título V denominado “de los Poderes Nacionales y del Servicio Público”, señala en su artículo 60²⁹ cuáles son los órganos que ejercen funciones judiciales. No habla la disposición del ejercicio de la función administrativa, sino simplemente se limita a enumerar de manera taxativa, qué entes del Estado forman la rama judicial. Tampoco señala la norma la posibilidad de conceder por vía de excepción ni de manera transitoria, el ejercicio de funciones judiciales a ningún otro órgano del Estado, excepto el caso del Senado que expresamente enuncia la norma citada podrá ejercer determinadas funciones judiciales.

En lo que sí fue enfatizante el Consejo Nacional Constituyente fue en el tema de la separación de los poderes y las atribuciones y funciones que debían ser ejercidas por una y otra rama³⁰, con el fin de determinar la división de los poderes como principio de derecho constitucional consagrado desde varios siglos atrás por Montesquieu³¹.

²⁷ Ib-idem, artículo 102. “La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

²⁸ Ib-idem, artículo 104. “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica. Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.”

²⁹ Constitución Política, artículo 60. “Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley.”

³⁰ Ib-idem, artículo 57. “Todos los poderes son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones.”

³¹ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Novena Edición, Editorial Temis, página 12: “La teoría de la tridivisión del poder público, expuesta y sistematizada por MONTESQUIEU, implicaba una coincidencia entre cada una de las ramas del poder y el tipo de funciones que esa rama ejercía. Es decir, que la función legislativa debía ser ejercida total y exclusivamente por el poder legislativo, la función administrativa por el poder ejecutivo y la jurisdiccional por el poder judicial.”

Con posterioridad a la promulgación de la constitución de 1886, se expidieron varios actos legislativos reformativos de la Constitución que se ocuparon de alguna manera del tema así:

- El acto legislativo n° 1 de 1936 retoma el tema de la división de los poderes en su artículo 21³² donde enuncia nuevamente, cuáles son los órganos del Poder Público. Sin embargo, dicha disposición es importante en la medida que ofrece una adición al artículo 60 de la constitución de 1886 al decir que si bien cada uno de los Poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) se encuentran limitados por las funciones que expresamente les sean atribuidas y que éstas deben ser ejercidas en forma separada, también es cierto que deberán colaborarse armónicamente en la realización de los fines del Estado. Es decir, se introduce de esta forma una atenuación sutil respecto de la separación total y exclusiva de cada una de las Ramas del Poder Público que desde la promulgación de la constitución de 1886 y hasta este momento no había sido objeto discusión alguna. Es por ello éste, el primer antecedente real que se observa en la materia y que de aquí en adelante se iría desarrollando en el conjunto de normas jurídicas que se profririeron hasta antes de la asamblea constituyente del año 1991 como lo veremos más adelante.

Ahora bien, el artículo 22³³ desarrolla lo preceptuado en el artículo 21, al determinar cuáles son los organismos de cada una de las Ramas del Poder Público dándose aquí la primera aplicación al principio de colaboración, pues la citada norma consagra que el Senado ejerce determinadas funciones judiciales, atribución que ya había sido enunciada en la constitución de 1.886 pero que para este momento fue sustentada bajo dicho principio.

En esa forma, se presentaría una correspondencia entre la noción material de administración y su concepto orgánico, al poderse afirmar sencillamente que la actividad o función administrativa era la ejercida por el poder ejecutivo.

³² Constitución Política de 1886, artículo 21. "Son órganos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial."

Los órganos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado."

³³ Ib-idem, artículo 22. "El órgano legislativo es el Congreso, y lo forman el Senado y la Cámara de Representantes.

El órgano ejecutivo lo constituyen el Presidente de la República y los Ministros del Despacho.

El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno.

El órgano judicial lo constituyen la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito, y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley.

El Senado ejerce determinadas funciones judiciales.

- Posteriormente se profirió el acto legislativo n° 1 de 1945 que con base en el inciso 4° del artículo 22 del acto legislativo n° 1 de 1936, elabora el artículo 47³⁴. Dicho artículo vuelve a enunciar cuáles son los órganos de la Rama Judicial pero agregando dos ingredientes a la norma que sirven de sustento y que refuerzan su razón de ser: el primero de ellos hace referencia a la administración de justicia, pues la norma estipula que son dichos órganos los que efectivamente administran justicia; el segundo de ellos es que la norma adiciona el carácter de servicio público a la Justicia y lo instituye como una obligación y un deber a cargo de la Nación. Nuevamente la norma establece la posibilidad del ejercicio de funciones judiciales en cabeza del senado, con lo cual se sigue reforzando la línea de pensamiento que se fundó en el principio de colaboración ya establecida en el acto legislativo n° 1 de 1936.

Decreto 1265 de 1970: Ya para el año de 1970, y con base en la Ley 4ª de 1969, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, se expide el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia que en su artículo 1°³⁵ que se encuentra en el libro 1° denominado “Organización Judicial” regula el tema de los organismos que administran justicia. Con la introducción de esta norma, y haciendo el análisis de la misma, se puede afirmar lo siguiente:

1. La intención del legislador fue diferenciar entre aquellos organismos de la Rama Judicial que ejercen funciones de manera permanente y un organismo de carácter ocasional o transitorio es decir, que se acepta que hay dos tipos de organismos que administran justicia: unos que lo hacen en forma constante y que son como tal aquellos que han sido estatuidos desde la constitución de 1.886 como pertenecientes al Poder Judicial y, otros que aun sin estar dentro de esta estructura pueden de manera eventual realizar funciones que a pesar de no ser propias de la Rama del Poder Público a la cual corresponden les son asignadas con base en el principio de colaboración armónica entre los poderes existentes en el Estado colombiano.

2. Con la introducción del principio denominado por la doctrina “principio de la colaboración” que ya se había dado desde el acto legislativo n° 1 de 1936, se atenúa en un mayor grado la rigidez de la Teoría del Poder Público que para su momento fue

³⁴ Ib-idem, artículo 47. “La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley, administran justicia.

El Senado ejerce determinadas funciones judiciales.

La justicia es un servicio público de cargo de la Nación.”

³⁵ Decreto 1265 de 1970, artículo 1°. “La administración de justicia se ejerce de modo permanente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los Tribunales superiores de Distrito, administrativos, de aduanas, militar y disciplinario y los jueces superiores, de circuito, de instrucción, de menores, de distrito aduanero, territoriales y municipales.

En casos especiales, se ejerce por el Senado y por funcionarios administrativos (subrayado propio).

Los jurados y los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales.”

enunciada por Montesquieu, en donde no se pensó siquiera por un instante en la necesidad de instituir a un organismo que no tuviera la calidad per se de hacer parte de la Rama Judicial dadas las circunstancias en que para ese entonces fue expuesta esta teoría.

En palabras del doctrinario Libardo Rodríguez, “en la actualidad la rama ejecutiva o administrativa ya no ejerce total y exclusivamente la función administrativa. En efecto, no la ejerce totalmente, pues la rama legislativa y la jurisdiccional a veces ejercen también funciones administrativas, como es el caso del nombramiento interno de funcionarios.

Por otra parte, la rama ejecutiva o administrativa, es decir, la administración, tampoco ejerce exclusivamente la función administrativa: algunas veces ejerce también la función legislativa, como cuando el Presidente de la República dicta decretos con fuerza de Ley; otras veces, ejerce excepcionalmente la función jurisdiccional, como cuando ejerce funciones de policía en materia civil o penal”³⁶

3. Se introduce otra excepción en la norma al darse la posibilidad del ejercicio ocasional de las funciones jurisdiccionales por parte de los jurados y los árbitros. Esta posibilidad fue desarrollada en su totalidad posteriormente por el Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998.

Asamblea Nacional Constituyente de 1991: Para el año de 1991, se presenta el fenómeno de la 7ª papeleta, en virtud del cual los ciudadanos colombianos votaron positivamente por la reforma de la Constitución de 1886. Para ello, se creó una asamblea nacional constituyente³⁷. Instaurada ésta, se comenzó el estudio de constitucionalidad de todos y cada uno de los artículos de la Constitución de 1886. Al llegar al análisis del artículo que enumeraba los organismos que administran justicia³⁸, se presentaron dos proyectos por parte de los Dr. Gómez Hurtado y Dr. Nieto Roa, donde proponían que otros entes del Estado y los ciudadanos mismos, pudieran participar en el proceso de administrar justicia, para lo cual podían ser investidos de la función jurisdiccional. La pregunta que surge entonces es ¿cuáles fueron los motivos para que el constituyente previera esa posibilidad?. Pues bien, dentro de los múltiples debates tanto de las comisiones tercera y cuarta como de las sesiones plenarias que se realizaron se argumentó por parte de los exponentes del proyecto lo siguiente:

³⁶ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Novena Edición, Editorial Temis, página 13.

³⁷ Figura creada de acuerdo con el acto legislativo n° 1 del 9 de diciembre de 1.952 que ordenó la creación de dicha figura en caso de ser necesaria una reforma a la constitución y estableció la regulación sobre su funcionamiento

³⁸ Constitución Política de 1886, artículo 60.

a. El problema existente en Colombia para la administración de justicia, las más de las veces se ha generado en el tema de los recursos necesarios para cumplir dichas funciones. El Dr. Nieto Roa y el Dr. Gómez Hurtado, expusieron en la Asamblea Nacional Constituyente, que ante la evidencia del tema, se creaba un círculo vicioso por la imposibilidad de solución al mismo, y por ello se hacía necesario buscar otro tipo de medidas que dieran salida a ese inconveniente. En consecuencia, plantearon la posibilidad de dar facultar a otras entidades del Estado que ya se encontraban en funcionamiento, así como los particulares, ya que ellos opinaban que la justicia debía aproximarse a la comunidad y hacerla eficaz y expedita, a más de creer firmemente que una solución que nace de la comunidad es una solución que toda la sociedad observa como adecuada a la problemática de cada grupo social y equitativa.

b. Igualmente al introducir la modalidad de las autoridades administrativas, se estaba aludiendo en ese momento a la expedición de la Ley 24 de 1991, que había despenalizado una serie de conductas que anteriormente tenían el calificativo de delitos para convertirlas en contravenciones, con lo cual era congruente que esas conductas fueran analizadas bajo el ejercicio de funciones jurisdiccionales que se les otorgaran a organismos diferentes de los que permanentemente administraban justicia, a fin de evitar el desgaste de investigaciones de menor rango en autoridades judiciales que debían ocuparse de fallar los asuntos de mayor relevancia.

c. En el país se presentó desde la mitad del siglo 20, un proceso de judicialización tan alto que la gran mayoría de las controversias que se suscitaban de cualquier tipo, debían ser conocidas por los jueces de la República, por lo que se dio un aumento en la cantidad de procesos que eran tramitados en los despachos judiciales. Y pese al esfuerzo que realizó el Gobierno con la proposición de una Ley al Congreso sobre el tema y que efectivamente fue aprobada y puesta en marcha³⁹ la congestión para el año de 1991 era de gran magnitud, pues se calculaba que en un juzgado civil municipal en Bogotá, podían llegar a existir 3.400 expedientes lo cual equivaldría a decir que en el país se tenían cerca de 2 millones de expedientes civiles absolutamente congelados en los despachos judiciales

Fue así como a pesar de la oposición de algunos miembros de la Asamblea Nacional Constituyente y después de estudiar los inconvenientes y las ventajas de los proyectos se redactó el inciso 3° del artículo 116 de la constitución de 1991, el cual fue aprobado por mayoría de 6 votos contra uno que luego sería contemplado en una unidad con el que finalmente fue el artículo 116 al decir:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces administran justicia.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

³⁹ Ley 23 de 1991.

Excepcionalmente la Ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley.”

Decreto 2651 de 1991: Como consecuencia de la expedición de la Carta Política de 1991, se expide el decreto 2651 del mismo año, que fue planteado de manera transitoria de acuerdo con su artículo 1° y teniendo un límite en el tiempo⁴⁰. En virtud del mismo y en desarrollo tanto de la constitución como del estatuto orgánico de la administración de justicia (pues como dije anteriormente, el artículo 1° del decreto 1265 de 1.970 fue la primera norma que sostuvo la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas a autoridades administrativas), se dispone en su artículo 32 la primera atribución efectiva de manera ocasional a una autoridad administrativa. Pues bien, se reglamentó en esta norma la actuación de la Superintendencia de Sociedades en el tema de los concordatos preventivos obligatorios, al ordenar a los jueces que estuvieran conociendo sobre las objeciones a éstos, que remitieran los expedientes a esa entidad⁴¹, con el fin de que la máxima autoridad, es decir el Superintendente de Sociedades resolviera sobre aquellas.

Es así como por primera vez después de 21 años de encontrarse la norma regulada en el estatuto orgánico de la Administración de Justicia y sólo hasta haberse realizado un estudio de constitucionalidad sobre la norma consagrada en el año de 1886 y realizar posteriormente un análisis en conjunto, se abría la posibilidad para que una entidad que ejerce funciones netamente administrativas, pudiera de manera excepcional actuar bajo el ejercicio de funciones jurisdiccionales y dictar fallos que tuvieran tal fin.

Frente al artículo 32 del decreto 2651 de 1991, se presentó una demanda de inconstitucionalidad en el año de 1992⁴² en donde el ciudadano Juan Bautista Parada Caicedo, argumentó lo siguiente:

“So pretexto de descongestionar, se ha variado la competencia, "pues ha trasladado la competencia de la jurisdicción ordinaria civil a la jurisdicción administrativa".

⁴⁰ Decreto 2651 de 1991, artículo 1°: “Por el término de cuarenta y dos (42) meses se adoptan las disposiciones contenidas en el presente Decreto, encaminadas a descongestionar los despachos judiciales.”

⁴¹ Ib-idem, artículo 32. “Los jueces que estén conociendo de las objeciones presentadas a los concordatos preventivos obligatorios iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto 350 de 1.989, remitirán el expediente contentivo de la actuación al Superintendente de Sociedades, a efecto de que éste resuelva tales objeciones.”

⁴² Sentencia C-592 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz

"La descongestión de los despachos judiciales no puede conllevar el conculcamiento de las instancias judiciales. Estas están instituidas como una garantía procesal contra los actos arbitrarios de los funcionarios judiciales, los cuales al ser apelados son conocidos por los superiores jerárquicos quienes tiene la facultad de revocar o modificar el proveído del A-quo. En el sub-examine lo que se está conculcando es precisamente la instancia, lo cual riñe con el concepto del debido proceso legal".

"Que al trasladarse la competencia al Superintendente para resolver sobre las objeciones, calificación y graduación de los créditos (art. 1930 del Código de Comercio), "se está violando un procedimiento establecido por la Ley" (art. 29 C.N.). "Se está acabando con la instancia para conocer de la apelación razón por la cual se está quebrantando igualmente el principio consagrado en el artículo 31 de la Carta, pues el auto que resuelve las objeciones produce los efectos de una sentencia, razón por la cual tanto por su aspecto formal como por su contenido material se asimila a aquellos".

"Que el traslado de competencia que contiene la norma viola el principio de la separación de poderes (art. 116 C.N.).

"Que el artículo 228 de la C.N. es violado por la norma al no respetar esta la independencia de las decisiones de la Administración de Justicia y su funcionamiento "desconcentrado y autónomo".

Frente a las razones expuestas la Corte Constitucional, Sala Plena, motiva la sentencia n° c-592-92 en los siguientes términos:

"El artículo 32 del Decreto, dispone que los jueces que estén conociendo de las objeciones presentadas en los concordatos preventivos obligatorios iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto 350 de 1989, remitirán el expediente contentivo de la actuación al Superintendente de Sociedades, a efecto de que éste resuelva tales objeciones. El Decreto 350 de 1989, mediante el cual se expidió un nuevo régimen para los concordatos, dispuso que en los de carácter obligatorio que se iniciaran con posterioridad a su vigencia, la decisión de las situaciones a cargo de los jueces civiles del circuito, pasaría a ser competencia del Superintendente de Sociedades, con lo cual en adelante se acabó con el trámite mixto administrativo-judicial que existía, produciendo suspensiones prolongadas en estos procesos, como resultado de la demora de los jueces civiles del circuito, para resolver los asuntos a su cargo. La motivación del artículo 32 que se revisa, proviene de la circunstancia de que pasados más de dos años y medio de la expedición del Decreto 350, aún había procesos pendientes de la decisión de objeciones en los despachos judiciales, en procesos concordatarios obligatorios que se habían iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia. Esta disposición traslada a una autoridad administrativa (Superintendente), decisiones a cargo de los jueces, no siendo éstas de las relacionadas con la investigación y juzgamiento de delitos, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116, inciso 3o. de la Carta. No resulta inconstitucional la norma por razón alguna, y se encuadra en la tendencia legislativa de los últimos años, recogida por el constituyente

según señalamiento anterior, de transferir decisiones a autoridades no judiciales, como Superintendencias, notarías e inspecciones de policía, lo que permite una mayor eficiencia del también principio fundamental del régimen político, complementario del de la división de poderes, de la colaboración de los mismos, o de la unidad funcional del Estado.”

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en el año de 1997⁴³:

“Es sabido que la estructura del Estado está conformada por diferentes órganos, que tienen funciones separadas y específicas, pero que deben colaborar armónicamente (artículo 113 C.P.), con el fin de lograr lo señalado en el Preámbulo como en los artículos 1 y 2 de la Carta Política.

En cumplimiento de los fines contenidos en estas normas, el constituyente consideró oportuno extender la función jurisdiccional a ciertas instituciones administrativas, conservando la separación e independencia de las ramas y de los órganos del Poder Público. En efecto, el artículo 116 de la Constitución contempla la posibilidad de que el legislador atribuya funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

En este sentido, algunas autoridades administrativas, por disposición legal, son pues competentes para conocer y dirimir conflictos de orden jurídico, siendo sus decisiones susceptibles de recursos cuando precisamente lo haya determinado la Ley. Así por ejemplo, tiene competencia para dirimir conflictos e impartir justicia la Superintendencia de Sociedades, al conocer de los procesos concordatarios que se iniciaron durante la vigencia del Decreto 350 de 1989, por virtud de sus artículos 30 y 33.

Asimismo, el nuevo régimen de procesos concursales, Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, que derogó el Decreto 350 de 1989, en su artículo 90 le reitera las funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades, en los siguientes términos:

“ARTICULO 90.- COMPETENCIA: *La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3º de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas....”*

No sobra aclarar que aun cuando la Ley 222 de 1995 derogó el Decreto 350 de 1989, éste se aplica a los procesos concordatarios iniciados durante su vigencia, incluso, por mandato del artículo 237 de dicha Ley:

“ARTICULO 237. VIGENCIA: *Esta Ley empezará a regir al vencimiento de los seis meses contados a partir de su promulgación.”*

⁴³ Sentencia T-279 de 1997. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

De lo dicho se concluye que la Superintendencia de Sociedades actúa, en estos casos, como un verdadero Juez y, por lo tanto, una vez admitido un concordato preventivo obligatorio puede analizar, cotejar y valorar la posibilidad de conservar y recuperar la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. Puede así mismo buscar la protección adecuada del crédito de acuerdo con normas constitucionales y legales, y de esta forma garantizar los derechos de los acreedores.”

CAPITULO II

ANTECEDENTES EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

Ley 110 de 1914: Esta ley reglamenta todo lo relacionado con la protección de la propiedad industrial, por lo tanto regula temas como marcas, nombres, enseñas, y obviamente todo lo necesario para que el derecho se haga efectivo en cabeza del titular del mismo, así como las prohibiciones a las que había lugar.

La sección primera de esta Ley se denomina: “Marcas de fábrica, comercio y agricultura” por lo que se deduce que las disposiciones contenidas en esta Ley, se refieren a comerciantes, fabricantes y agricultores.

No obstante, se vislumbran las primeras nociones en materia de competencia desleal, pues consagra un título exclusivo sobre la materia denominado “ De la competencia desleal”.

Es así como el artículo 51⁴⁴, nos da los siguientes elementos como fundamentos de lo que debía entenderse como competencia desleal:

Acto de mala fe

En las relaciones de las personas, el elemento de la buena o mala fe es de carácter puramente ético. Cuando una persona despliegue un acto suyo, las personas sobre las

cuales pueden caer los efectos de determinado proceder, esperan o tienen en que aquella manifestación de voluntad se realice de forma correcta y en beneficio de todos.

No obstante, cuando aquella persona intencionalmente, dirige su objetivo en detrimento de los demás, habiendo previamente dilucidado las consecuencias de ello, se convertirá en un acto de mala fe.

Según lo escrito por Jorge Jaeckel “ para que la conducta fuera sancionable por competencia desleal, debía tratarse de un acto de mala fe, lo cual era interpretado en el sentido de que debía ser cometido con dolo”.⁴⁵

Objeto: Producir confusión

Preveía además la definición, que la competencia desleal era un acto de mala fe, con el objeto de crear confusión. Partiendo de este punto de vista, cualquier comerciante, industrial o agricultor que generará un desorden respecto de la claridad o certeza de los productos de cada uno de los competidores, estaría cometiendo un acto de competencia desleal.

⁴⁴ Ley 110 de 1914, artículo 51: “Acto de mala fe que tiene como por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o de dos agricultores, o que sin producir confusión, tiendan a desacreditar un establecimiento rival”

⁴⁵ JAECKEL KOVACS, Jorge. Escrito de Competencia desleal. CEDEMER

Dos o más comerciantes, fabricantes, o agricultores

La relación de competencia se estudia desde el punto de vista comercial, ya que debía existir otra persona que se dedicara a la misma actividad que aquella que realizaba la persona afectada por el acto o comportamiento, a fin de poder ser sancionada si se llegaba a demostrar previamente que la forma de proceder fue de mala fe y con el objeto de crear confusión a desacreditar a su competidor.

Descrédito del establecimiento rival

Dentro del ámbito industrial y comercial, cada agente económico que participa en el mercado busca estrategias de mercadeo para lograr el producto con el cual comercializa obtenga una posición estable en el mercado. De esta forma, el consumidor preferiría un mejor producto frente a uno que no lo sea tanto, convirtiéndose así en un comprador o usuario habitual de los bienes o servicios ofrecidos.

Sin embargo, cuando una de las estrategias de un productor dentro de una misma rama afectan de manera negativa la reputación de todos los establecimientos semejantes y además con ello dicho productor obtiene mayor clientela, estará éste desacreditando la posición de todos los demás haciendo que las condiciones de todos sus competidores desmejoren sin que los medios utilizados hayan sido idóneos para tal fin, por que nuestro ordenamiento jurídico rechaza esa forma de proceder.

Posteriormente el artículo 52⁴⁶ de la misma Ley le otorga a la persona perjudicada dos posibilidades: a) solicitar que el juez como funcionario público competente reprima el acto de competencia desleal y, b) la indemnización de perjuicios a cargo del infractor. Sin embargo la norma no es clara en el sentido de determinar si las posibilidades son alternativas o conjuntas, pero a nuestro juicio, de la lectura de la norma se concluye lo segundo, es decir, que el perjudicado puede solicitar tanto la represión como la indemnización de perjuicios.

Finalmente, el párrafo⁴⁷ de la disposición citada sostenía que la decisión proferida por el juez, debía basarse en el estudio, análisis y conclusiones que el perito haya efectuado, como persona experta en la materia.

Ley 31 de 1925: Con la expedición de la Ley 31 de 1925, se derogó la regulación de la Ley de 1914, pues aquella norma reglamentó nuevamente todo el tema de propiedad industrial, agregando a la materia el tema de las patentes de invención que no había sido tema de discusión para el año 1914.

Pese a eso la Ley 31 de 1925 establece como una sección única sino como una disposición más, que era la competencia desleal y cuales eran los mecanismos que la persona perjudicada podía ejercer para hacer valer su derecho.

⁴⁶ Ley 110 de 1914, artículo 52: “Los actos de competencia desleal dan acción a los perjudicados para pedir su represión ante los jueces comunes, a indemnización de perjuicios a aquellos que los han ejecutado. Esta acción se ejercerá por vía ordinaria.

⁴⁷ Ib-idem. “Parágrafo. Los jueces en cada caso particular decidirán con la intervención de los peritos si el acto denunciado es o no es de competencia desleal, y soberanamente dictaran las medidas que sean necesarias para que cese dicha competencia y se evite la confusión que ella ocasiona entre las manufacturas y productos similares de los comerciantes, fabricantes o agricultores.

Respecto de la definición, no se vario la misma, sino simplemente se hizo una transcripción del artículo 51 de a Ley 110 de 1914⁴⁸. En cuanto a los mecanismos, debe decirse que el artículo 66⁴⁹ aclaró lo que parecía una confusión en la Ley 110 de 1914, al dar la posibilidad a la persona perjudicada de solicitar tanto la represión del acto de competencia desleal como la indemnización de perjuicios.

Ley 59 de 1936: Para el año de 1929, se discutió en la ciudad de Washington, el tema de la propiedad industrial, referido a las marcas y a los nombres comerciales. Del análisis allí efectuado, surgió la convención interamericana de sobre protección marcaria y comercial, firmada el 29 de junio de ese mismo año, aprobada por Colombia mediante Ley 59 de 1936.

No obstante que la materia central de la convención y posteriormente la Ley aprobatoria es las marcas y los nombres comerciales, se introdujo un capítulo relativo al tema

⁴⁸ Ley 31 de 1925, artículo 65. “acto de mala fe que tiene por objeto producir confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tienden a desacreditar un establecimiento rival”

⁴⁹ Ib-idem. Artículo 66. “ Los actos de competencia desleal dan acción a los perjudicados para pedir la represión ante los jueces comunes y la indemnización de perjuicios a aquellos que han sido defraudados. Esta acción se ejercerá por vía ordinaria.

Parágrafo. Los jueces en cada caso particular con la intervención de peritos si el acto denunciado es o no de competencia desleal, y sumariamente dictarán las medidas que sean necesarias para que cese y se evite la confusión que ella ocasiona entre las manufacturas y productos similares de los comerciantes, fabricantes o agricultores.

denominado " De la represión de la competencia desleal", cuyo artículo 20⁵⁰ definió de manera general que se entendía por competencia desleal.

Ya la norma no toma solo el tema de los comerciantes, fabricantes o agricultores como únicos sujetos susceptibles de cometer una infracción a la competencia o resultar perjudicados con las conductas que otros de su misma rama realizan, sino que cobija las actividades industriales y mercantiles.

Sin embargo, dicha posibilidad vuelve a cerrarse en las mismas personas, cuando posteriormente se determina en su artículo 21⁵¹, que actos o hechos son constitutivos de competencia desleal y cuales son las penas a que se harán acreedoras aquellas

⁵⁰ Convención interamericana sobre protección marcaría y comercial, artículo 20. "Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles, será considerado como de competencia desleal, y por tanto injusto y prohibido."

⁵¹ Ib-idem, artículo 21. "Se declaran de competencia desleal los siguientes actos y al no estar señalados sus penas en la legislación interna de cada Estado contratante, se reprimirán de acuerdo con las prescripciones de esta convención: a) Los actos que tengan por objeto dar a entender, directa o indirectamente, que los artículos actividades mercantiles de un fabricante, industrial, comerciante o agricultor pertenecen o corresponden a otro fabricante, industrial, comerciante o agricultor de alguno de los otros Estados contratantes, ya sea apropiándose o simulando marcas, símbolos, nombres distintivos, imitando etiquetas, envases, recipientes, nombres comerciales u otros medios usuales de identificación del comercio; b) las falsas descripciones de los artículos, usando palabras, símbolos y otros medios que tiendan a engañar al público en el país donde estos actos ocurran, con respecto a la naturaleza, calidad o utilidad de las mercancías; c) Las falsas indicaciones de origen o procedencia geográficos de los artículos, por medio de palabras, símbolos, o de otra manera, que tiendan a engañar en ese respecto al público del país donde estos hechos ocurran; d) Lanzar al mercado u ofrecer o presentar en venta al público un artículo, producto o mercancía bajo forma o aspectos tales, que aun cuando no contenga directa o indirectamente indicación de origen o procedencia geográficos determinados, dé o produzcan la impresión, ya sea por dibujos, elementos ornamentales o idiomas empleados en el texto, de ser un producto, artículo o mercancía originado, manufacturado o producido en otro de los Estados contratantes; e) Cualesquiera otros hechos o actos contrarios a la buena fe en materias industriales, comerciales o agrícolas que, por su naturaleza o finalidad, puedan considerarse análogos o asimilables a los anteriormente mencionados."

personas que infrinjan la buena fe comercial y los usos honrados en materia comercial e industrial.

La disposición evidentemente retoma la limitación que trató de eliminar en el artículo anterior, en razón de que el sujeto activo del supuesto de hecho debe ser un fabricante, industrial, comerciante o agricultor, con lo cual cualquier persona que se sienta perjudicada con las conductas desplegadas por el “supuesto agente infractor” que no cumpla tal elemento calificativo, deberá buscar otros medios judiciales para lograr hacer valer sus derechos, pues por esta vía el camino se encontraba claramente diseñado para que no hubiera lugar a ejercer ninguna acción, más teniendo en cuenta que según las reglas de interpretación, la Ley posterior prevalece sobre la anterior⁵².

Además si bien es cierto que el literal e) del artículo en mención, abre la posibilidad para que otros actos no estén dentro de la misma disposición puedan ser declarados como actos de competencia desleal, también es cierto que de otra manera se limitan las posibilidades, en el sentido de cerrar las eventuales circunstancias que después de ser analizadas por las autoridades judiciales o administrativas no sean consideradas similares a las que la misma norma cita en sus anteriores literales, pues el literal condiciona los actos al requisito de la semejanza para que puedan ser declarados actos de competencia desleal.

Ley 155 de 1959: La Ley se denomina “ por la cual se dictan algunas normas sobre prácticas comerciales restrictivas”, se introduce el tema de la competencia desleal en sus artículos 1, 7, 8, 9, 10 y 11.

El artículo primero⁵³ establece una cláusula general de prohibición, con el objeto de una competencia desleal bajo los parámetros de la libertad, así como la garantía a los consumidores sobre los precios existentes en el mercado y la obtención de materias primas de los adquirentes de las mismas.

El artículo 7⁵⁴ coloca de presente, que si bien las empresas puedan establecer sus canales de distribución de forma directa o a través de sus filiales o sucursales, no por ello pueden ejercer actos en detrimento de los comerciantes independientes que negocien con esos mismos productos, so pena de quedar incurso en un acto de competencia desleal. De entrada se vislumbra que con esta norma se buscó la protección jurídica de aquellas personas cuyo grado de participación en el mercado no

⁵² Ley 153 de 1887, artículo 2.

⁵³ Ley 155 de 1959, artículo 1. Quedan prohibidos 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, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

⁵⁴ *Ib-idem*, artículo 7. Las empresas industriales que establezcan o hayan establecido sistemas directos de distribución de sus productos o por y intermedio de empresas comerciales, autónomas o filiales, no

era tan significativas sino que tenían como medio de subsistencia el entrar como agentes independientes de otros productos de empresas ya establecidas, pero buscando oportunidades de oferta y demanda que se presentaban, creando así un beneficio recíproco entre los grandes y medianos comerciantes.

El fin estaba encaminado a evitar que las grandes empresas junto con sus filiales y sucursales pudieran hacer desaparecer a los comerciantes independientes a darse cuenta que posiblemente existía una mayor ventaja si comerciaban directamente y no a través de personas que adquirirían sus productos y a su vez los volvían a distribuir como un canal de comercio válido.

El artículo 8⁵⁵ es una especie de énfasis del artículo anterior, toda vez que el fin era evitar la desaparición de pequeños y medianos comerciantes, o la imposibilidad de entrada de otros nuevos, para lo cual se considera necesario regular la prohibición de monopolizar⁵⁶ la repartición de los productos que las mismas empresas fabrican.

podrán vender sus artículos, mercancías, o productos por procedimientos que impliquen competencia desleal para con los comerciantes independientes que negocien con los mismos artículos o productos.

⁵⁵ Ib-idem, artículo 8. Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes.

⁵⁶ Concepto 16894 del 4 de mayo de 1993, emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio: “¿Qué es un monopolio? El monopolio puro es un fenómeno económico, que se identifica con el vendedor o prestatario único de un producto o servicio único, sin posibilidades de competencia en el mercado, que tiene a su vez el poder de determinar las posibilidades de acceso de competidores y el control sobre precios.”

El artículo 9⁵⁷ tiene como objetivo, evitar que otros comerciantes o la misma empresa, se aprovechen de las circunstancias de venta que por Leyes del mercado puedan darse y puedan con ello, aprovecharse de los sucesos para obtener mayores ganancias mediante la libertad de precios. Por el contrario, si la empresa ya había fijado los precios de los productos que fabricaba, se impedía que los comerciantes de aquellos productos pudieran de manera discrecional cambiarlo, so pena de quedar expuestos a las sanciones por competencia desleal establezca la Ley.

Ahora bien, el artículo 10⁵⁸ es una copia fiel del artículo 20 consagrado en la Ley 59 de 1936, con las mismas limitaciones respecto del sujeto señalado dentro del supuesto de hecho, excepción de que en esta última norma no se emplean los términos, prohibido e injusto, los cuales nombra la Ley mencionada al parecer para dar un mayor énfasis de ilegalidad, por lo cual no cabe mayor discusión al respecto.

En relación con el artículo 11⁵⁹ se enumeran aquellos casos considerados de competencia desleal. Los actos⁶⁰ que la Ley específicamente encuadra dentro de la norma tienen como características comunes las siguientes:

⁵⁷ Ley 155 de 1959, artículo 9. Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.

⁵⁸ Ib-idem, artículo 10. Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial, y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas.

⁵⁹ Ib-idem, artículo 11. Se considera que constituyen actos de competencia desleal, los determinados como tales, en las convenciones y tratados internacionales, y especialmente los siguientes:

1. Relación de competencia entre el infractor de la conducta y el perjudicado:

Cada uno de los supuestos de hecho del artículo considera como requisito sine qua non el vínculo de competencia que debe existir entre la persona que realiza el hecho constitutivo de competencia desleal y la persona perjudicada sobre la cual recae dicho comportamiento.

2. La conducta delegada por el presunto infractor debe recaer sobre un competidor, su establecimiento de comercio o sus productos o servicios:

La única forma en que un hecho puede ser declarado como de competencia desleal es que además de recaer sobre un competidor, estuviera dirigido contra “el conjunto

1o. Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios; 2o. Los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios; 3o. Los medios o sistemas encaminados a la desorganización interna de una empresa competidora, o a la obtención de sus secretos; 4o. Los medios o sistemas encaminados a obtener una desviación de la clientela, por actos distintos a la norma y leal aplicación de la Ley de la oferta y la demanda; 5o. Los medios o sistemas encaminados a crear una desorganización general del mercado; 6o. Las falsas indicaciones de origen y de calidad de los productos, y la mención de falsos honores, premios o condecoraciones; 7o. La ejecución de actividades del mismo género, a que se dedica la empresa a la cual pertenecen, por parte de socios, directores y dependientes, cuando tales actividades perjudiquen a dicha empresa por ser contrarias a la buena fe y al honrado y normal desenvolvimiento de las operaciones en el mercado.

Parágrafo. Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta Ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicios por la vía ordinaria.

⁶⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Derecho civil. Tomo I – volumen II. Hechos y actos jurídicos. Traducción de Dr. Fernando Hinestrosa. Editado por UTET, de Turín, página 579. 1992. “ Generalmente los actos no negociables se diferencian o con base en la relación con las normas que los regulan; o con base en la estructura intrínseca del comportamiento humano teniendo en consideración por la Ley. Por el primer aspecto, son recurrentes las distinciones entre actos lícitos- o sea conforme a las normas- del otro”.

de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”⁶¹ o sobre los productos o servicios que el mismo empresario comercializa.

3. Deben ser comerciantes:

La norma limita la posibilidad de frente a los agentes activos y pasivos, pues ellos sólo pueden ser comerciantes, con lo cual establece otros requisito adicional para poder acceder a las acciones pertinentes en la materia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta, que la misma Ley formuló en el párrafo de su artículo primero⁶² la primera excepción para los casos de competencia desleal al considerar que no obstante estar consagrados los supuestos en los cuales un acto se consideraba de competencia desleal, el Gobierno podía permitir la celebración de acuerdos o convenios, si con ello obtenía la salvaguardia de un sector que fuera básico para los intereses económicos y generales.

Decreto 1302 de 1964: En virtud de la excepción planteada en la Ley 155 de 1959, la interpretación del gobierno no dudó en hacer prevalecer el interés general de la

⁶¹ Código de Comercio, artículo 515. Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

⁶² Ley 155 de 1959, artículo 1°. PARAGRAFO. “El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

economía sobre el interés particular de quienes participaban en el mercado pero no dimensionó las consecuencias que a largo plazo se generaría por cuanto los sectores económicos de mayor envergadura en Colombia de una u otra forma se aprovecharon de esa opción dada por el mismo ordenamiento jurídico en procura de no verse afectados en sus propios intereses.

“El primer grave tropiezo en la aplicación de la Ley provino de la forma tendenciosa como fue interpretada en algunos de sus mandatos. En 1964 se dictó el Decreto reglamentario 1302, que de entrada dio golpe de muerte a la Ley, al incorporar dentro de las excepciones a la prohibición general de los acuerdos o convenios del artículo 1°, que permite el parágrafo del mismo artículo, todas las actividades de alguna importancia para estructurar la economía del país y abastecerlo de bienes y servicios indispensables para el bienestar general de la población”⁶³.

Los grandes intereses amenazados por la Ley lograron de esta manera desvirtuar un estatuto cuya finalidad fundamental era la defensa del consumidor⁶⁴.

⁶³ AGUDELO VILLA, Hernando. De los monopolios a la democracia económica. Página 96, Editorial Planeta.

⁶⁴ Decreto 1302 de 1964, artículo 1°. Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considéranse sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

a. El proceso de producción y distribución de bienes, destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

De la misma forma, el presente Decreto otorga la atribución de conocimiento de las denuncias por violación a las normas de competencia desleal a las Superintendencia de Regulación Económica⁶⁵.

Decreto 410 de 1971: Doce años después de haberse expedido la Ley 155 de 1959, la cual reguló el tema de competencia desleal en algunos de sus artículos, a pesar de tratarse de una Ley sobre prácticas comerciales restrictivas, se profiere para el año 1971 el Decreto 410 o Código de Comercio, el cual contiene en su libro I, título V disposiciones relacionadas con la competencia desleal.

Es solo hasta este momento cuando se trata de manera independiente y autónoma la materia, pues desde la Ley 110 de 1914 como primer antecedente conocido y hasta la Ley 155 de 1959, la competencia desleal siempre se relaciono con normas relacionadas con propiedad industrial y prácticas comerciales restrictivas.

De esta manera se observa el primer gran adelanto en el asunto, pues la importancia que cada día fueron tomando temas como la libre competencia, las sanas costumbres,

b. La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros.

⁶⁵ Ib-idem, artículo 15. Las denuncias ante la Superintendencia de Regulación Económica por violación de las normas de la Ley 155 de 1959, podrán ser orales o escritas, y su motivación consistirá en la enunciación concreta del infractor o infractores, su domicilio social o comercial y de los actos constitutivos de la violación denunciada.

la lealtad entre los competidores que participan en el mercado, hacían necesaria una regulación desligada completamente, que a pesar de no haber sido más completa y presentar ciertas incongruencias sirvió de base para las posteriores Leyes.

Fueron tres artículos los que establecieron las normas sobre competencia desleal:

- a. Artículo 75⁶⁶: Esta disposición es una clara transcripción del artículo 11 de la Ley 155 de 1959. Sin embargo la violación radica en la cláusula general del numeral 9 en el cual fueron abarcadas todas aquellas circunstancias no enunciadas, siempre y cuando fueran procedimientos similares a los numerales anteriores, circunstancia no planteada en el artículo 11 de la mencionada Ley.
- b. Artículo 76⁶⁷: Esta norma regula las acciones que puede ejercer la persona afectada por los actos de competencia desleal, las cuales son, la indemnización de perjuicios

⁶⁶ Código de Comercio, artículo 75. "Constituyen competencia desleal los siguientes hechos:

- 1o) Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;
- 2o) Los medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;
- 3o) Los medios o sistemas dirigidos a desorganizar internamente una empresa competidora o a obtener sus secretos;
- 4o) Los medios o sistemas encausados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles;
- 5o) Los medios o sistemas encaminados a crear desorganización general del mercado;
- 6o) Las maquinaciones reiteradas tendientes a privar a un competidor de sus técnicos o empleados de confianza, aunque no produzcan la desorganización de la empresa ni se obtengan sus secretos;
- 7o) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen, falsa o engañosa; la imitación de origen aunque se indique la verdadera procedencia del producto o se emplee en traducción o vaya acompañada de expresiones tales como "género", "manera", "imitación", o similares;
- 8o) Las indicaciones o ponderaciones cuyo uso pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto, y
- 9o) En general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles."

⁶⁷ Ib-idem, artículo 76. El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta

que se hayan causado y la posibilidad que la autoridad competente pueda imponer multas a los transgresores de la norma con el fin de evitar que vuelvan a incurrir en iguales comportamientos violatorios de la Ley.

- c. Artículo 77⁶⁸: Bajo esta norma se consagraba una presunción legal según se presumía desleal la propaganda comercial con incentivos, cuando se trataba de artículos de primera necesidad o sometidos a controles sanitarios.

Las disposiciones contenidas en estos artículos se profirieron bajo un modelo profesional⁶⁹ y dentro del esquema siempre protector del Estado, pero las mismas no

de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal.

El juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria, de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso.

⁶⁸ Ib-idem, artículo 77. Prohíbese la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza. Presúmese desleal la propaganda comercial si se hace por sistemas de bonificación al consumidor, consistente en rifas, sorteos, cupones, bonos, vales, estampillas y otros medios pagaderos en dinero o en especie, en los siguientes casos:

- 1o) Cuando se trate de artículos catalogados oficialmente de primera necesidad;
- 2o) Cuando sean productos o servicios sometidos a controles sanitarios;
- 3o) Cuando el precio de los productos o servicios en el mercado o su calidad se afecten por el costo de las bonificaciones, y
- 4o) Cuando el incentivo para el consumidor esté en combinación con cualquier procedimiento en que intervenga el azar.

Toda infracción a este artículo será sancionada por el respectivo alcalde municipal, de oficio o a petición de la persona que acredite los hechos, con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos convertibles en arresto.

⁶⁹ JAECKEL KOVACS, Jorge. Competencia desleal. De acuerdo con el autor, el modelo profesional surge a finales del siglo XIX que concibe la competencia desleal como una institución de derecho privado, que se estructura con base en los parámetros de lealtad establecidos principalmente por los profesionales del comercio y la industria, para proteger al empresario individualmente considerado, legitimándolo para iniciar acciones judiciales contra quien en una relación de competencia desvía indebidamente su clientela mediante procedimientos que los miembros de la corporación o los empresarios califican como desleales.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN POR CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL

Ahora efectuaremos un análisis del procedimiento que debe seguir la Superintendencia de Industria y Comercio para seguir una investigación que se presente sobre competencia desleal, observando si las decisiones son acordes con los principios consagrados en uno y otro nivel, si existen o no vacíos en las etapas del proceso para finalmente efectuar un análisis comparativo entre el proceso que se lleva ante un Juez de la República y el que es tramitado con base en las funciones judiciales ante las Superintendencia de Industria y Comercio.

Ante la Superintendencia de Industria y Comercio

Para entrar a estudiar el procedimiento previsto tanto en materia jurisdiccional como administrativa, el tema debe observarse desde la siguiente óptica: con la expedición de la Ley 446 de 1998, la cual tuvo como objetivo y finalidad la descongestión de los despachos judiciales, se dictaron normas tendientes a dar facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de los asuntos de competencia desleal, cuestión que hasta ese momento se encontraba en cabeza de los Jueces civiles del circuito, por falta de

los Jueces especializados en asuntos comerciales. Es así como mediante el artículo 147⁶⁹ de dicha Ley, se implantó la figura de la competencia a prevención, en la cual la Superintendencia de Industria y Comercio o los Jueces conocerán de los asuntos en materia de competencia desleal; y es el conocimiento era adelantado por aquella con base en el artículo 116 superior, lo haría siguiendo las mismas funciones (artículo 143 de de la Ley 446 de 1998)⁶⁹ que para el efecto le fueron asignadas en materia de prácticas comerciales restrictivas y el mismo procedimiento (artículo 144 de la Ley 446 de 1998)⁶⁹ que para ello reguló en su momento el Decreto 2153 de 1992. En consecuencia y Tan pronto como dicha Ley empezó a regir, esa fue la interpretación dada por la Superintendencia de Industria y Comercio y por la mayoría de los tratadistas y analistas en el tema de preceptos contenidos por la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, los alcances de la Ley 446 de 1998 antes de la sentencia C-649 de 2001, fueron interpretados por la Superintendencia de Industria y Comercio de la siguiente manera: las disposiciones contenidas en esa Ley 446 le otorgaron a la entidad tanto funciones administrativas como jurisdiccionales en materia de competencia desleal. De esta forma, ese organismo adelantaba investigaciones en la materia, acumulando las dos acciones, mediante el procedimiento

consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 por expresa remisión del artículo 144 de la misma Ley. Ese procedimiento contiene las siguientes fases:

En materia administrativa

Averiguación preliminar: la averiguación preliminar puede ser iniciada de oficio o por solicitud de un tercero⁶⁹. El criterio utilizado por la entidad para iniciar el proceso acumulando las dos acciones, es determinar los tres ámbitos considerados por la Ley 256 de 1996 a saber: subjetivo, objetivo y territorial. Luego de establecer los tres supuestos, la Superintendencia determina si existe o no la necesidad de abrir una investigación⁶⁹.

El mismo artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 remite al Código Contencioso Administrativo en lo regulado por dicha disposición, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio en aras de seguir los principios en materia administrativa consagrados en dicho Código, puede hacer un requerimiento a las personas denunciantes con el fin de que ellas complementen los requisitos solicitados por esa entidad para presentar la denuncia, e igualmente dicho organismo los podrá requerir posteriormente si se hace necesario obtener información adicional a la que ya fue presentada⁶⁹.

Resolución de apertura de investigación: si con base en los elementos de juicio analizados por la Superintendencia se determina la necesidad de abrir una investigación, por la significatividad que la misma produce en el mercado, esta deberá ser notificada a los investigados de manera personal⁶⁹, notificación que se realiza mediante una comunicación escrita en la que se pide al investigado acudir a la entidad dentro de los 5 días siguientes al recibo de aquella. Si no asiste, se fijará un edicto⁶⁹ por 10 días cumplidos los cuales se entenderá surtida la notificación.

Si la resolución emitida por la entidad indica que se abrirá una investigación, ella es susceptible de recursos por considerarse un acto de trámite y no de fondo⁶⁹. Si por el contrario dicha resolución no abre investigación por no considerarse necesario ni significativo, se puede recurrir toda vez que si se equipara al proceso adelantado por un Juez, equivaldría a hablar de una inadmisión de la demanda.

Además, sobre este punto es necesario advertir que el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, establece la figura de la cosa juzgada frente a las decisiones que profiera la Superintendencia de Industria y comercio en uso de sus facultades

jurisdiccionales, decisión que es entendida como el fallo definitivo después de haber efectuado el curso total de la investigación.

En la medida que se abre una investigación, el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo dispone, la obligación de citar a terceros cuando estén directamente interesados con el fin de hacerse parte y para que hagan valer sus derechos⁶⁹. Como en materia de competencia desleal cuando se abre una investigación se presume que eventualmente el mercado ha sido afectado, se debe citar a los terceros.

Curso de la investigación: Emitida la resolución de apertura de investigación, el artículo 52 de Decreto 2153 establece que en el curso de la misma, el investigado podrá aportar o solicitar pruebas que pretenda hacer valer. Frente a este punto, la Superintendencia en la mayoría de sus investigaciones, establece de manera discrecional el plazo para aportar y solicitar pruebas, debido a que el mismo artículo 52 remite a las normas del Código Contencioso Administrativo en lo previsto en esta disposición, y al hacerlo, nos encontramos que el artículo 34 del C.C.A⁶⁹ tampoco señalaba un término para esa fase del proceso. De allí que la Superintendencia adopte esa posición.

Informe motivado: Realizado el Decreto y la práctica de pruebas durante el curso de la investigación, se presenta al Superintendente un informe motivado en donde se concluye si existió o no una infracción. En palabras del Dr. Mauricio Velandia, “el informe motivado esta diseñado como un recuento que hace el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio de la historia del trámite, las pruebas practicadas en la averiguación preliminar, las pruebas decretadas durante la investigación y la adecuación normativa, parte mas importante del informe donde se establece la relación entre las normas y los hechos y se explica de forma particular el alcance de cada supuesto normativo, es decir la interpretación que le da la Superintendencia a esa norma inobservada.

Al consagrar los supuestos normativos, debes señalar los factores probatorios utilizados para establecer los elementos suficientes que configuran cada supuesto.

Para determinar la posible sanción, la Superintendencia enfrenta el alcance de las normas supuestamente violadas, respecto de cada una de cada una se debe señalar la adecuación normativa y las pruebas.”⁶⁹

Posteriormente el artículo 52 establece que el informe debe ser trasladado al investigado⁶⁹, la Superintendencia en virtud de la remisión a las normas del Código Contencioso Administrativo, especialmente el artículo 35⁶⁹, corre traslado a todos.

Ahora bien, el artículo 24⁶⁹ del Decreto 2153 de 1992, establece dentro de la estructura orgánica de la Superintendencia de Industria y Comercio, al Consejo Asesor, como órgano auxiliar, consultivo y de carácter no vinculante para la decisión que adopte el Superintendente de Industria y Comercio, que emite el concepto referente a las investigaciones que se adelantan en materia de prácticas comerciales restrictivas: está conformado por 5 miembros nombrados por el Presidente de la República, expertos en materias jurídicas, empresariales o económicas.

No obstante, en los numerales 11⁶⁹, 13⁶⁹ y 15⁶⁹ del artículo 4° del Decreto, existe la obligatoriedad por parte del Superintendente de Industria y Comercio, de escuchar los conceptos emitidos por este órgano auxiliar (aun cuando no sea vinculante para el fallo)

Como el procedimiento en materia de competencia desleal adelantado por la entidad en materia administrativa se remite a los preceptos señalados en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, y las demás disposiciones señaladas procesales establecidas en este Decreto, esta figura sería aplicable para el caso. No obstante, hasta el momento no se ha presentado el primer caso de investigaciones por competencia desleal donde se aplique la figura.

Resolución final: El Superintendente de Industria y Comercio toma la decisión con base en el informe motivado presentado por el Superintendente Delegado pero ello no significa que aquel deba ceñirse a los argumentos esgrimidos por éste, porque puede suceder que en el momento de traslado del informe motivado se presenten nuevas pruebas que hagan variar o afianzar la posición del Superintendente de Industria y Comercio en otro sentido.

La estructura de la resolución consiste en un resumen de los alegatos, las consideraciones de la SIC, una parte resolutive y una sanción o no, dependiendo si en la parte resolutive, los razonamientos efectuados se consideran suficientes para imponer una sanción⁶⁹.

Como la decisión debe tocar tanto la parte administrativa como la parte judicial,, ésta se dividía en dos: la primera seguía los parámetros establecidos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 para prácticas comerciales restrictivas, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de sus atribuciones administrativas, puede imponer multas y/o sancionar a los representantes legales, administradores, gerentes, revisores fiscales, en la medida que ellos hubieren autorizado, tolerado o ejecutado los actos consecutivos de violación a las normas de competencia desleal; la segunda se debe regir por el artículo 147 de la Ley 446 de 1998, que habla de la figura de la competencia a prevención, en donde se otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia, en virtud de ello, se establece que puede ser esta entidad o los Jueces de la República los que conozcan de las investigaciones por competencia desleal, imponiendo la obligación al que conozca posteriormente de la actuación, de declarar la nulidad de su actuación, remitiendo el expediente a quien ya había conocido inicialmente del caso.

Ahora bien, el artículo 147 establece que la decisión jurisdiccional con base en las facultades otorgadas por el artículo 116 de la Constitución, una vez en firme

hará transito a cosa juzgada, y que los actos que se dicten en virtud de dichas facultades, no tendrán acción o recurso ante las autoridades judiciales⁶⁹. Sin embargo el inciso 3° del artículo 52 de la Ley 510 de 1999⁶⁹ reformó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, estableciendo la posibilidad de apelar el fallo definitivo proferido por el Superintendente. Frente a esta norma, la Superintendencia de Industria y Comercio, consideró que ella no era aplicable para estos casos, pues el artículo 50 del C.C.A⁶⁹ claramente dispone que los fallos del Superintendente no son apelables.

El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 nos remite al libro primero, título I del C.C.A, capítulo octavo, con el fin de tener presente que la denuncia que se presenta, se toma como una derecho de petición, el cual debería ser resuelto en un término de 15 días⁶⁹. Dicho artículo establece un plazo de 30 días hábiles contados a partir del momento de la presentación de la solicitud para resolver el caso. Por ello, la Superintendencia ha entendido que los 15 días consagrados en la figura de derecho de petición, se refiere al plazo con que cuenta el organismo para abrir o no curso a la investigación.

Terminación anormal del proceso por aceptación de garantías: El Superintendente de Industria y Comercio cuenta con la función de decidir sobre la terminación a las investigaciones que se inicien por presuntas violaciones a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, cuando el presunto infractor brinde las garantías suficientes para el caso concreto⁶⁹.

Igualmente el inciso 4° del artículo 52 del mismo Decreto, establece que el curso de la investigación podrá darse por terminado, cuando el infractor brinde garantías suficientes⁶⁹.

El término garantía se asimila según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Civil al de caución que se define como: “cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra propia o ajena”

Basados en los preceptos citados, La Superintendencia a señalado los requisitos para que dichas garantías se conviertan en sustento para la terminación del proceso de investigación por competencia desleal ante la misma⁶⁹:

1. Remoción del elemento anticompetitivo: el delegado para la promoción de la competencia abre investigación cuando resulte mérito para ello. El deber principal de la persona que está siendo investigada, consiste en suspender o modificar la conducta que afecte el mercado. Con base en ello, la SIC al hacer el análisis de la propuesta de garantías realizada por el denunciado, deberá observar si al cumplir con esa garantía, el mercado dejará de verse afectado y volverá a sus condiciones normales. En estos términos la Superintendencia ha expresado que “el ofrecimiento debe hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor deberá versar íntegramente sobre los hechos investigados e implicar que se eliminará el elemento anticompetitivo en relación con estos⁶⁹”.

Si del estudio efectuado por el Superintendente se concluye que la garantía modifica o suspende el supuesto hecho violador de la normatividad, el presunto infractor habrá cumplido con el primer requisito.

Basados en lo anterior, las conductas han sido clasificadas en conductas de ejecución o continuadas y conductas terminadas siendo aplicable el tema de las garantías solo para las primeras.

-
2. Suficiencia de la garantía: en la Ley no se señaló la extensión de la palabra suficiencia, pero para los parámetros de la entidad, ella se predica desde dos puntos de vista:
- ✓ Parámetros particulares. Es un juicio subjetivo del Superintendente que radica en verificar el cumplimiento de una obligación que contrarrestará los efectos nocivos del hecho constitutivo de competencia desleal.
 - ✓ Parámetros generales: ella existe en la medida que se realice la corrección a la conducta o comportamiento violatorio de la Ley y ella asegure lo dispuesto en los principios generales que rigen el tema.
3. Esquema de seguimiento: La Superintendencia entiende que como entidad de inspección, vigilancia y control debe realizar una verificación del compromiso adquirido por el presunto infractor para cumplir los fines para los cuales fue creada.
4. Incidente de indemnización de perjuicios: como se explico anteriormente, el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 que fue modificado por la Ley 510 de 1999. En efecto esta última estableció un párrafo tercero, que en firme la

decisión proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, el afectado podrá solicitar la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar dentro de los 15 días hábiles siguientes al fallo. Esta figura es aplicable cuando la Superintendencia ejerce funciones jurisdiccionales.

En materia jurisdiccional:

Explicado el proceso que adelanta la entidad, se debe mirar el mismo bajo los parámetros de la Sentencia C-649 de 2001. En efecto, la Corte Constitucional mediante el fallo , afirmó que de la interpretación de las normas previstas en la Ley 446 de 1998 a la Superintendencia de Industria y Comercio, se le habían otorgado facultades tanto facultades administrativas como jurisdiccionales en materia de competencia desleal, quedando en cabeza de las misma, la investigación en ambas vías. Es decir, el fallo proferido por la honorable Corte, avaló la interpretación que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, al determinar que no habían sido atribuidas solamente facultades jurisdiccionales sino que al mismo tiempo, la Ley había otorgado funciones administrativas, pero en mi opinión, sin tener en cuenta la finalidad con la cual se efectuó la expedición de la Ley 446 de 1998. Dicho razonamiento, lo concluye así:

1. El artículo 143 de la Ley 446 de 1998 atribuye facultades administrativas a la Superintendencia de Industria y Comercio por cuanto otorga las misma funciones con que ella cuenta en materia de prácticas comerciales restrictivas, que se encuentran establecidas en el Decreto 2153 de 1992.
2. El artículo 144 de la misma Ley, dispone que en virtud de las funciones dadas por el artículo 143, seguirá el procedimiento establecido en el artículo 52 de Decreto 2153 de 1992 para las investigaciones por competencia desleal. Es por ello una función de tipo administrativo.

-
3. Ahora bien , el artículo 147 de la misma Ley habla de la competencia a prevención, equiparando la Superintendencia de Industria y Comercio a los Jueces, para que aquellos puedan adelantar investigaciones jurisdiccionales a prevención. Es por tanto una función judicial.
 4. Finalmente el artículo 148 establece que el procedimiento que utilizaran las Superintendencias para los asuntos que tratan en esta parte, (y esa parte de acuerdo con la motivación de la Sentencia C-649 de 2001, no fue realmente analizada a fondo) será el contenido en el Código Contencioso Administrativo en la parte primera, libro I, Título I.

Cuando la Corte Constitucional realiza la síntesis de los hechos, determina que los artículos 143 y 144 otorgan tanto funciones administrativas como jurisdiccionales pero que las funciones jurisdiccionales son las mismas que ya venían ejerciendo los Jueces de la República con base en los preceptos de la Ley de descongestión judicial, sino que además introduce la posibilidad de escoger en materia jurisdiccional ante la Superintendencia, pues al tenor de los argumentos que expone a lo largo de la Ley 256 de 1996.

Luego surgen las siguiente interrogantes:

- ✓ ¿La Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales aplica algunas disposición de la Ley 256 de 1996, algunas del Decreto 2153 de 1992 y algunas disposiciones del Código contencioso Administrativo en virtud del 148 de la Ley 446 de 1998?
- ✓ ¿La Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales aplica el mismo procedimiento que los Jueces de la República con base en la Ley 256 de 1996?
- ✓ ¿La SIC en funciones jurisdiccionales debe aplicar solamente las normas del Código Contencioso Administrativo, en virtud del Artículo 148 de la Ley 446 de 1998?
- ✓ ¿La Superintendencia en funciones jurisdiccionales aplica el procedimiento de la Ley 256 de 1996 y además el procedimiento del Decreto 2153 de 1992?
- ✓ ¿De ser afirmativas las preguntas 2 y 3, es posible legalmente que un proceso jurisdiccional pueda tomar normas de un proceso administrativo y uno jurisdiccional?

Apelación al interior de la Entidad:

Como explicamos anteriormente, el artículo 147 establece que la decisión jurisdiccional con base en las facultades otorgadas por el artículo 116 superior, una vez firme hará transito a cosa juzgada, y que los actos que se dicten en virtud de las facultades por excepción dadas por la Constitución, no tendrá acción o recurso ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la Corte Constitucional en su momento, mediante la sentencia C-384 de 2000, analizó la disposición y concluyó, que si bien el legislador tiene la facultad discrecional de establecer que recursos proceden y cuales están vedados, ello no es óbice para que pueda darse la misma conclusión en materia de acciones, porque se estaría violando derechos fundamentales como el debido proceso u la igualdad.

Posteriormente, el inciso 3° del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 reformó el artículo 147 de la Ley 446 de 1996 de la siguiente manera: “ Los actos que dicten la Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.”

Frente a este tema, la SIC en unos de sus debates jurídicos al interior de la entidad, consideró que ella no era aplicable porque:

1. El artículo 50 del C.C.A⁶⁹ claramente dispone que los fallos de la Superintendencia no son susceptibles de apelación. En nuestra opinión, este argumento de la entidad resulta un poco contradictorio, ya que después de entrar en vigencia la Ley 446 de 1998, lo que hizo el organismo fue acumular las acciones administrativa y jurisdiccional en una sola, pero teniendo en cuenta que al momento del fallo éste se divide en dos por la naturaleza de las mismas. Quiere ello decir, que si bien el artículo 50 del C.C.A dispone que no hay posibilidad de apelar los fallos del Superintendente, también es cierto que esa norma es aplicable en materia administrativa y el punto que aquí se trata de dilucidar es bajo la óptica de funciones jurisdiccionales, por lo cual no cabría el razonamiento.

-
2. Para la Superintendencia no resulta razonable que las decisiones que se profieren en virtud de las atribuciones asignadas bajo la Ley 446 de 1998, sean revisadas por autoridades jurisdiccionales, toda vez que el sentido teológico de dicha Ley era la descongestión de los despachos judiciales, finalidad que no se cumplirá de ser nuevamente examinados.

Con todo, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-415 de 2002 que da lugar a los fallos proferidos por la SIC, sean apelables en los siguientes términos expresados por la misma entidad: “Así lo ordenó la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-415 de 2002. En esta jurisprudencia, se interpretó que el espíritu del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 que establecía que “los actos que dictan las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales”, hacía referencia solamente a los actos que se realicen dentro del proceso, sin incluir las decisiones que rechacen por falta de competencia ni los fallos definitivos, los cuales deben tener recurso de apelación frente al Juez competente.

La Corte interpretó que el espíritu de la norma indicaba que la Superintendencia de Industria y Comercio reemplaza el Juez de primera instancia, según la cuantía y la territorialidad. Es decir, que en un caso de mínima o menor cuantía reemplazamos a los Jueces civiles municipales, y en casos de mayor cuantía reemplazamos a los Jueces civiles del circuito.

Ante los Jueces de la República:

Con la expedición de la Ley 256 de 1996, los Jueces de la República adquirieron competencia en materia de investigaciones por presuntos actos violatorios de competencia desleal, atribución que ya se encontraba consagrada en el estudio que hicimos de las normas relativas al asunto aunque de manera dispersa; pero con esta Ley fue específicamente asignado a los Jueces especializados en comercio, creados por el artículo 24 del Decreto 2273 de 1989, sin embargo, hasta el día de hoy y a pesar de estar regulada la figura, en la práctica ella no ha sido implementada, situación que fue acertadamente prevista y anticipada por el legislador, pues en el mismo precepto se estableció que la falta de estos Jueces, conocerían los Jueces civiles del circuito. Igualmente, la norma estipuló, que el procedimiento a seguir en los procesos

que se tramiten por competencias desleal, será al abreviado contenido en el código de procedimiento civil⁶⁹.

Sin embargo antes de entrar a estudiar las normas correspondientes al proceso abreviado, se debe analizar las normas especiales consagradas en la Ley 256 de 1996. Veamos:

Presupuestos de aplicación de la Ley 256 de 1996: es claro que la norma establece tres presupuestos sin los cuales, no habría lugar para iniciar por competencia desleal así:

- ◆ **Objetivo:** quiere ellos significar que la conducta debe ser realizada en el mercado y con fines concurrenciales. En el mercado, por cuanto en comportamiento que despliegue el agente económico, debe tener la manifestación exterior de su voluntad en el sistema económico en producción; y con fines concurrenciales, es decir, que con el comportamiento seguido, se esté obteniendo un ventaja frente a los participantes en el mercado que le permite incrementar o mantener su intervención en el mercado o la de un tercero⁶⁹.

- ◆ **Subjetivo:** este presupuesto es esencial frente a las anteriores regulaciones en la materia, por cuanto antes se exigía la calidad de comerciante para poder acceder a la justicia por actos contrarios a la Ley de competencia, además de existir una relación de competencia entre el denunciante y el denunciado, pues de otro modo había posibilidad de iniciar ningún tipo de actuación.

Por ello, de manera muy acertada el legislador estableció que la Ley se aplica tanto a comerciantes como a cualquier otra persona que tenga algún tipo de injerencia en el mercado como participante y además, que no necesariamente entre el demandante y el demandado se debe presentar una relación de competencia para poder acceder al aparato judicial⁶⁹.

Con esta disposición se logran dos cosas: primero proteger a todas aquellas personas que participen en el mercado, pues hasta ese entonces no se lograba una tutela jurídica de mayor envergadura, segundo, evitar igualmente que las personas que según el código de comercio no tenían la calidad de comerciantes, aprovecharan tal posición para cometer actos a la libre competencia, sabiendo que los

afectados no podían iniciar en su contra ninguna acción por estar expresamente determinado en la Ley, la necesidad de la calidad.

Por último, el hecho de no tener que existir una relación de competencia entre el sujeto actio y el sujeto pasivo, es de la misma forma un avance para el sistema productivo, pues son múltiples las ocasiones en que las personas y en que los consumidores se encontraban desprotegidos por diferentes acontecimientos por diferentes acontecimientos bien fuera de comerciantes o de otras personas que integraban el mercado.

- ◆ Territorial: significa que los efectos del comportamiento realizado presuntamente violando normas de competencia desleal, tengan consecuencias dentro de del territorio colombiano⁶⁹.

Pruebas preliminares. Cuando el Juez inicie el proceso de investigación por presunta violación a las normas de competencia desleal, el demandante tiene la posibilidad de solicitar que se realicen pruebas preliminares⁶⁹, lo cual equivaldría a en términos de derecho procesal a la solicitud de pruebas anticipadas. Esa facultad del demandante, será viable si se cumple con los requisitos consagrados en el artículo 26 de la Ley 256 de 1996.

I. Que sea presumible de calificarse como acto desleal

II. Que no hay posibilidad de probar tal acto sino por medio de las diligencias preliminares.

Luego entonces, el Juez accederá a la solicitud cuando con el estudio tenga certeza que se cumple con los requisitos, además del deber de establecer una caución que debe cubrir el solicitante, por los posibles daños que pueda causar a la persona afectada por la solicitud.

Aceptada la petición, el Juez de manera discrecional, podrá solicitar el estudio técnico de peritos para practicar la diligencia. En el curso de la misma y después de observar a los artefactos, útiles y demás y hablar con las personas que atienden la diligencia, concluirá una de dos cosas:

-
- I. Que no es presumible que los objetos o procedimientos analizados se estén realizando actos de competencia desleal, en cuyo caso formará cuaderno separado con las actuaciones pertinentes y dará por terminada la diligencia, ordenando que se notifique al solicitante su decisión.
 - II. Si es presumible que con las máquinas y procedimientos, se estén realizando actos de competencia desleal, en cuyo caso hará una descripción detallada de los mismos.

Contra cualquiera de las decisiones que tome el Juez, no es susceptible de interponerse ningún recurso, pues así lo establece la norma⁶⁹.

De la diligencia podrán ser entregadas dos copias: una para el afectado con la medida y otra para el peticionario, con el fin de que éste pueda iniciar la acción judicial correspondiente. Como la diligencia es secreta, la copia que se entregue al peticionario no podrá ser divulgada ni comunicada a terceros⁶⁹.

Si por el contrario el Juez rechaza la petición, ésta será apelable en el efecto suspensivo o en el devolutivo⁶⁹. Posiblemente la razón de ser de la apelación es que basados en el numeral 3° del artículo 351 del C.P.C, puede acudirse a ese recurso cuando el auto proferido por la autoridad judicial niegue el Decreto de una prueba pedida oportunamente.

Audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad (Ley 640 de 2001): Partiendo de la atribución de competencia que fue otorgada por el artículo 24 de la Ley 256 de 1996 a los Jueces civiles del circuito, por la falta de los Jueces especializados en materia comercial, se hace necesario en la materia, y como requisito de procedibilidad una audiencia de conciliación extrajudicial, ya que con la expedición de la Ley 640 de 2001 se determinó que para que ciertas materias sería necesario como un requisito pre-procesal sin el cual no sería posible acudir a la justicia, el intento de una audiencia de conciliación con el fin de buscar soluciones al conflicto sin necesidad de generar un desgaste al aparato judicial se lograba, quedando obligadas todas las materias civiles.

En efecto, el artículo 27⁶⁹ de la misma, consagra que en materias civiles de conocimiento de los Jueces civiles, procede la conciliación extrajudicial, determinando las personas que tienen facultades para realizarla. Se habla de un requisito de procedibilidad, por cuanto si ésta no se efectúa en los términos y bajo las disposiciones de la Ley 640 de 2001, en el momento en que se presente la demanda, se presentará como consecuencia el rechazo de plano⁶⁹ por parte del Juez a quien corresponda la misma.

Como se instaura la conciliación como un requisito de procedibilidad, si se intenta pero no se logra el acuerdo ni parcial ni total, no será por esta razón necesario intentar posteriormente, la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 de Código de Procedimiento Civil. Con todo, esta conciliación o la que esté prevista como obligatoria dentro del proceso al cual corresponda el litigio (en este caso como el proceso es abreviado, no existe ninguna otra conciliación diferente a la del artículo 101 del C.P.C), podrá intentarse, cuando así lo solicite el demandante⁶⁹.

Sin embargo, la misma Ley plantea una excepción a la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial que es, que el demandante quiera solicitar la práctica y Decreto de pruebas de medidas cautelares en cuyo caso podrá acudir directamente ante la jurisdicción. Con base en este precepto, puede presentarse para el caso de un proceso de competencia desleal, que el perjudicado solicite en escrito aparte como lo ordenan las normas generales procesales, dichas medidas cautelares y no deba cumplir con ese supuesto.

Ahora bien, esa disposición esta planteada para un momento específico, al decir "(...) cuando el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el Decreto y práctica de medidas cautelares (...)". Es decir, la norma no es clara en el siguiente sentido: ¿qué sucede si la solicitud de esas medidas cautelares no se hace en el proceso sino antes de él, como puede suceder en el caso en procedimientos por competencia desleal en virtud del artículo 31 de la Ley 256 de 1996? ¿sería o no requisito de procedibilidad acudir a la figura de la conciliación extrajudicial? En nuestra opinión no se haría necesaria la figura, ya que si esa posibilidad se da a la persona que las solicitó antes de la presentada demanda, por ser este un momento anterior que lleva consigo la carga de diligencia y el posible peligro que con la conducta desplegada por el presunto infractor de puede estar presentando.

La última posibilidad que otorga la Ley 640 de 2001 es que las partes estando ya en curso el proceso, puedan solicitar la audiencia de conciliación en cualquiera de sus etapas. En esta norma la redacción parece un poco incompleta, pues ha debido establecer que sería factible llevarla a cabo en cualquiera de las fases del proceso, hasta antes del momento de dictar sentencia, con el fin de no dar lugar a interpretaciones erróneas.

Presentación de la demanda: Toda persona que pretenda tramitar ante un Juez en materia de competencia desleal, deberá ceñirse a lo dispuesto para tal efecto en las normas propias del procedimiento abreviado, por ser éste el consagrado en el artículo 24 de la Ley 256 de 1996.

Es así, como al remitirnos a las normas de procedimiento civil, observamos que la presentación de la demanda, cualquiera que sea la clase del proceso, debe cumplir unos requisitos generales en cuanto a su contenido, requisitos adicionales y anexos⁶⁹.

Por ello el requisito más importante, en nuestra opinión para poder presentar una demanda por competencia desleal ante un juez, es la legitimación activa del sujeto que pretende obtener un pronunciamiento con ella, pues sin el cumplimiento de ese supuesto no es viable darle trámite a su petición. En este sentido el artículo 21⁶⁹ de la Ley 256 de 1996 establece que hay 4 tipos de personas legítimas a saber:

- I. Cualquier persona que participe en el mercado o demuestre su propósito de participación y cuyos intereses económicos puedan resultar o resulten perjudicados por los presuntos actos de competencia desleal.
- II. Los gremios o asociaciones o corporaciones gremiales si los intereses de alguna de las personas que pertenecen a ellos, resultan afectados de manera grave.
- III. Las asociaciones de consumidores siempre y cuando los actos de competencia desleal resulten afectando los intereses de los consumidores, porque de lo contrario no estarían habilitados para ello.

IV. El procurador de la nación, actuando en nombre de ésta, cuando con los actos de competencia desleal pueda resultar afectado el orden económico del Estado.

Además quien interponga la demanda deberá dirigirla a quien tenga la legitimación pasiva en su calidad de demandado es decir, como supuesto para presentarla debe proceder contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, y si son personas que realizaron la conducta bajo instrucciones, deberes o funciones de su empleador, deberá demandarse a éste⁶⁹.

Notificación del auto admisorio de la demanda y traslado de la demanda: las disposiciones generales del proceso abreviado se encuentran en los artículos 408 al 414 del Código de Procedimiento Civil, las cuales remiten a su vez al Libro II, título VII, capítulos 1 y 2. La notificación del auto admisorio de la demanda y su traslado, se deberá realizar de manera personal, o en su defecto si aquella no es posible por medio del emplazamiento a la persona demandada y fijación del edicto por término de 20 días, más 5 días más, surtidos según los cuales se nombrará un curador ad litem con quien se seguirá el proceso⁶⁹.

El término del traslado de la demanda es de 10 días, pudiéndose en ese lapso de tiempo ejercer las conductas consagradas para el proceso ordinario a saber: guardar silencio, allanarse, contestar la demanda y formular las excepciones de mérito, contestar y formular las excepciones previas, contestar y formular excepciones previas, contestar la demanda y solicitar que se vincule a un tercero. La limitación que existe respecto a las conductas a ejercer, se encuentra la reconvencción, pues el artículo 411⁶⁹ establece que ésta solo procede si la naturaleza del asunto lo permite.

Audiencia de conciliación: de acuerdo con el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, esta audiencia se realizará tanto en los procesos ordinarios y abreviados, encontrándose los procesos de competencia desleal dentro de los últimos según las normas de la Ley 256 de 1996. El momento para practicarla es posterior a la contestación de la demanda y la reconvencción si hay lugar a ella; sin embargo sobre este

punto, deberán tenerse en cuenta las consideraciones explicadas en el aparte de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, expuestas anteriormente.

Periodo probatorio: pasado el momento de la realización de la audiencia de conciliación, el juez por medio de auto que será susceptible de tanto de recurso de reposición como de apelación, deberá decretar las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles para el proceso. El período probatorio es aquel lapso de tiempo en el cual, el juez deberá llevar a cabo la práctica de las pruebas que haya decretado. Para el proceso abreviado ese período es de 20 días⁶⁹.

Alegatos de conclusión: de acuerdo con el tratadista Devis Echandía, “en sentido general se entiende por alegación el acto procesal por el cual las partes o los terceros intervinientes suministra al juez datos de hecho o de derecho que interesan al proceso. Son simples declaraciones de ciencia, es decir, comunicación de la que el autor dice conocer o saber sobre los hechos o el derecho aplicable a ellas, y no son siempre declaraciones de verdad, porque puede suceder que no correspondan a ella (...)”⁶⁹

Para el caso del proceso abreviado, el artículo 414 del C.P.C, establece un término de 5 días para presentar los alegatos de conclusión, con el objeto de ser tenidos en cuenta por el juez para proferir su fallo, debiendo estudiarlos en su totalidad.

*Sentencia*⁶⁹: cuando el demandante presenta ante el juez del circuito la respectiva demanda, puede interponer dos tipos de acción⁶⁹:

- I. Acción declarativa y de condena, significa ello que el sujeto activo pretende que se declare que el comportamiento desplegado por el sujeto pasivo, efectivamente es ilegal, por violar las normas de competencia desleal. Con base en eso, el juez ordena al infractor que remueva los efectos generados con su actuar y que indemnice al afectado por los perjuicios ocasionados con su conducta.
- II. Acción preventiva o de prohibición: esta acción es de carácter anticipado, cuyo fin es proteger a una persona por la realización de una conducta efectuada por otro que aquel considera como de

competencia desleal; por ello, solicita al juez que evite que el comportamiento sea efectivamente realizado o lo prohíba así no se haya producido el acto en ese momento.

Estas acciones son de carácter excluyente, pues como se observa la acción preventiva o de prohibición, busca evitar la realización efectiva de un acto de competencia desleal o prohibirlo, en tanto que la acción declarativa y de condena va encaminada a que la persona que ya fue perjudicada en razón de la conducta ya se realizó, pueda obtener del juez una orden para que el transgresor de la norma remueva los efectos causados con su actuar y proceda a resarcir el daño, a manera de indemnización de perjuicios.

Con base en la acción que ejercite el sujeto activo, el juez proferirá su decisión mediante una sentencia, que deberá contener un resumen de los hechos de la demanda y la contestación, decisión que se basará en un método analítico, donde el juez deberá tener en cuenta las pruebas y los argumentos legales necesarios para la motivación⁶⁹. En la sentencia de un proceso por actos de competencia desleal, el juez decidirá en una de dos formas.

- Las pruebas y los hechos que sustentan la demanda se encuentran probados y las posibles conductas ejercitadas por el demandado se desvirtuaron a lo largo del proceso; en este caso tal y como lo prescribe el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, el juez ordenará dependiendo de la acción, o la remoción de los efectos y la indemnización, o que el juez tome las medidas necesarias correctivas para prevenir la realización efectiva de la conducta o la prohíba con el mismo fin.

En cuanto a la acción declarativa o de condena, se deberá tener en cuenta que el demandante con base en el artículo 355 de C.P.C, podrá iniciar en el mismo expediente y ante el mismo juez del circuito que profirió la sentencia, proceso ejecutivo para obtener la suma de dinero relativa a los perjuicios que en materia haya establecido el juez, para lo cual tiene un término de 60 días contados desde el día siguiente a aquel en que la sentencia quede en firme o si fuere el caso, al día siguiente a aquel en que se realizó la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior. Si el demandante no ejerce esta posibilidad en el término de 60 días, deberá iniciar el proceso con base en las reglas generales que para el efecto se consagran en las normas del Código de Procedimiento Civil.

-
- No prospera la acción interpuesta por el demandante.

Medidas cautelares: de acuerdo con los principios procesales consagrados en el Código de Procedimientos Civil, las medidas cautelares no son susceptibles de ser decretadas en todo tipo de procesos. En efecto, los procesos en los cuales se hacen procedentes las medidas cautelares por excelencia, como el embargo y el secuestro, son los que el código denomina procesos ordinarios y procesos ejecutivos, es decir, el código no plantea eso en los procesos abreviados.

Como la Ley 256 de 1996 establece que el procedimiento a seguir por parte de los jueces de comercio o en su defecto los jueces civiles del circuito debe ser el abreviado, previsto en el código de procedimiento civil en principio, no sería factible la aplicación del tema de las medidas cautelares a los procesos que se adelanten por competencia desleal.

Sin embargo, es la misma Ley 256 de 1996 la que en su artículo 31⁶⁹ establece una excepción a las normas procedimentales generales, cuando permite que en la investigación se adelanten en materia de competencia desleal, los jueces de la república podrán decretar y practicar medidas cautelares en varios momentos a saber:

- A. De 24 horas sin oír a la parte contraria: conforme con lo previsto en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, para que procedan la medidas cautelares de 24 horas sin oír a la parte contraria, es necesario que se cumplan tres requisitos:
 1. Que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada: de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 31 y lo que hasta ahora ha sostenido la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario que la realización o la inminencia del acto o la realización del mismo se encuentren probadas.

De acuerdo con el criterio de interpretación que trae el artículo 30 del Código Civil⁶⁹ citado en varios conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio 2esta comprobación, particular

para fines de las medidas cautelares, exige un grado de certeza distinto del requerido como el resultado de la investigación para la imposición de sanciones. Mientras que para la imposición de medidas cautelares basta constatar la correspondencia de los hechos con una o algunas de las conductas descritas en la Ley 256 de 1996, para la imposición de sanciones es necesaria la certeza jurídica de la comisión de la conducta alegada, luego de practicar en debida forma todas las pruebas procedentes solicitadas”.

2. Que el peligro que se pretende evitar sea inminente: en reiteradas oportunidades se ha sostenido que el término peligro es “el riesgo o contingencia que suceda algún mal. No meras conjeturas o posibilidades, algo probable que pueda ocurrir”. Por su parte el término inminente alude a que “algo amenaza o está para suceder prontamente”.
 3. Que el peligro este revestido de gravedad: como se ha sostenido en la forma básica de interpretación jurídica, el calificativo grave se entiende como “grande, de mucha entidad, de importancia.”
- B. Medidas cautelares oyendo a la parte contraria: finalmente el último inciso del artículo 31, remite a las disposiciones del artículo 568 del Código de Comercio y a los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil para aquellas cuestiones que no hayan sido reguladas por ese mismo artículo.

En primer término el artículo 568⁶⁹ del Código de Comercio, se encuentra dentro del Título denominado Propiedad Industrial, en el cual se establece que el titular de una patente podrá solicitar a la autoridad competente que decrete las medidas cautelares necesarias para la protección de los derechos con el fin de evitar que alguno de ellos se infrinja por un tercero, siempre que preste caución previamente y cumpla los requisitos que señala la norma. Ahora bien, las medidas cautelares que puede pedir el titular son: caución al presunto usurpador, comiso, secuestro o cualquiera otra medida equivalente.

Ahora bien, al remitir igualmente a las normas de procedimiento civil, podrá solicitar además de las enumeradas en el artículo 568, el embargo de los bienes por cuanto los artículos 678 a 691 regulan dicha figura junto con el secuestro. Es decir, el juez debe ceñirse a todas las disposiciones relativas a

las medidas cautelares que se encuentran reguladas en las normas procesales generales, en lo que se refiere a la manera de decretarse, los términos, las oposiciones, los levantamiento, etc.

No obstante, de la lectura del artículo 568 se puede afirmar que la enumeración efectuada es de carácter simplemente enunciativo y no taxativo, toda vez que la norma dice que las medidas cautelares podrán consistir en cualquier otra medida equivalente.

Sin embargo, el tema de las patentes se encuentra dentro del título II del Código de Comercio bajo el nombre de Propiedad Industrial, el cual fue regulado en su totalidad por la Decisión 344 de la comisión del Acuerdo de Cartagena, y ésta a su vez fue modificada por la decisión 486 de 2000, en la cual se reglamentó el tema de las medidas cautelares en sus artículos 245 a 249 por lo que vale hacerse las siguientes preguntas:

- ✓ ¿Se aplica la Decisión por ser norma supranacional?
- ✓ Se aplican las normas de la Decisión y además las del Código de Procedimiento Civil?
- ✓ ¿Se aplican las normas de la Decisión y el Código de Comercio?
- ✓ ¿Se aplican las tres reglamentaciones?

De acuerdo con lo estipulado por el Tribunal Andino de Justicia y en concordancia con el ordenamiento jurídico colombiano, las normas nacionales que hayan sido ratificadas y a las cuales Colombia haya adherido, se aplicarán de preferencia en caso de existir conflicto, a las normas del ordenamiento interno. En este sentido, el Tribunal afirma lo siguiente: “En cuanto al efecto de las normas de integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria”⁶⁹.

Vale la pena entonces observar las normas de la Decisión 486 de 2000 para determinar si existen diferencias sustanciales en relación con el artículo 568 del Código de Comercio así:

-
- Artículo 245⁶⁹: establece que la persona que pretenda iniciar ante las autoridades competentes una acción por presuntas violaciones a las normas de competencia desleal, podrá solicitar que dicha autoridad ordene las medidas cautelares necesarias, bien sea para evitar consecuencias adversas, para asegurar el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados con la conducta o para impedir que se ejecuten actos que infrinjan dichas normas.
 - Artículo 246⁶⁹: determina las medidas cautelares que proceden. Cese de actos constitutivos, retiro del comercio, de los bienes objeto de la infracción, suspensión de las importaciones o exportaciones de los bienes objeto de la infracción, caución suficiente o cierre temporal del establecimiento de comercio.
Además de la posibilidad para que las autoridades competentes ordenen de oficio medidas cautelares.
 - Artículo 248⁶⁹: habla de las medidas cautelares que se hayan decretado sin oír a la parte contraria, estableciendo que en este caso inmediatamente después que la medida cautelar se haya ejecutado, deberá notificarse a la parte afectada, para que ésta pueda pedir la revisión de la misma, so pena que dichas medidas queden sin efecto si el accionante no inicia la demanda dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se ejecutaron las medidas.

Hay varias diferencias entre las normas estudiadas:

- ✓ Las autoridades colombianas no pueden decretar medidas cautelares de oficio. Sin embargo, la Decisión 486 de 2000, si plantea esta posibilidad siempre y cuando en el país correspondiente se pueda aplicar la norma. Luego en este punto no existe contradicción.
- ✓ La Decisión 486 plantea las medidas cautelares en la misma forma que el artículo 568, por cuanto es de carácter enumerativo y no taxativo.
- ✓ La Decisión 486 plantea tres momentos en los cuales se puede solicitar las medidas cautelares. Antes de iniciar la acción, conjuntamente con la acción y posterior a ella. Si observamos el artículo 31 de la Ley 256, no se plantea la posibilidad de iniciar las medidas cautelares posterior a la acción.

eran totalmente claras y presentaban vacíos por cuanto su aplicación se limitaban a las situaciones que expresamente estuvieran consagradas en ese estatuto, por lo que se hacía difícil resolver situaciones bajo el amparo de las mismas.

A grandes rasgos y después del análisis de los antecedentes en la materia, concluimos que la evaluación no fue de mayor envergadura sino por el contrario, en el transcurso de la expedición de unas normas y otras, el estancamiento y la igualdad entre las mismas fueron las características sobresalientes.

-
- ✓ Frente al término de presentación de la demanda, la norma supranacional da un término de 10 días después de ejecutarse las medidas cautelares, al paso que el artículo 568 no habla de ello, al igual que el artículo 31 de la Ley 256 de 1996. Sin embargo, en la Ley 256 se habla de un término para presentar la demanda de dos meses a partir de la práctica de las diligencias preliminares. En este punto, se han generado controversias pues algunos juristas que éste último plazo es el aplicable al tema de las medidas cautelares, al contrario de otros juristas que consideran que debe aplicarse lo estipulado en la Decisión 486.

En nuestra opinión, el artículo 568 del Código de Comercio no es contrario a la Decisión 486 por lo cual se puede hacer una aplicación de la norma supranacional.

CAPITULO IV

ATIBUCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Basándose en los preceptos constitucionales⁷⁰ adoptados por nuestra Carta Política, y posteriormente a la expedición de Decreto 2153 de 1992, que crea la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo de carácter descentralizado y adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico⁷¹, cuya legalidad, soporte y funciones se encuentran en dicho Decreto.

⁷⁰ Constitución Nacional, artículos 333 y 334. “Art. 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

Art. 334. “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

⁷¹ Decreto 2153 de 1992, artículo 1°. “La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal.”

Este estatuto coloca en cabeza de esta entidad, las funciones relativas a la libre competencia⁷², entre otras de sus funciones y atribuciones, aunque generándose una serie de interrogantes frente al tema, pues aquí se tomo genéricamente como prácticas comerciales restrictivas, así:

- a. ¿Es lo mismo hablar de prácticas comerciales restrictivas que de competencia desleal?
- b. ¿Es el tema de la competencia desleal un tema netamente administrativo en virtud del artículo 54⁷³ del Decreto 2153 de 1992?
- c. ¿Siguen teniendo los jueces de la República competencia para conocer de los casos de violación a las normas sobre promoción de la competencia con base en el artículo 76 del Código de Comercio?

Para lo anterior se hace el siguiente análisis cronológico:

El artículo 116 de la Constitución de 1991 otorgó facultades jurisdiccionales a entidades administrativas de manera excepcional. Con base en ese postulado constitucional, se

⁷² Constitución Política, artículo 333. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

⁷³ Decreto 2153 de 1992, artículo 54. “Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.”

expide el Decreto 2651 del mismo año, con el fin de dar solución transitoria al problema de la congestión de los despachos judiciales, cuyo artículo 32 aplica ese principio al dar facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en materia de concordatos. Luego se crea la Superintendencia de Industria y Comercio, pero cabe aquí la siguiente reflexión: el postulado constitucional expresa que las funciones que se otorguen a las administrativas serán dadas por la ley sobre materias precisas, por lo cual se debe uno remitir inmediatamente al Decreto 2153 de 1992 para detectar en que lugar de la misma se otorgan dichas facultades y al examinar cada una de las disposiciones del mismo, no se encuentra claro el tema por lo que uno podría hacer las siguientes especulaciones:

- A. Si el decreto de creación de la Superintendencia de Industria y Comercio no otorgó facultades jurisdiccionales de manera expresa, este organismo actúa única y exclusivamente bajo los parámetros de autoridad administrativa con las funciones que su categoría le implica, por lo que cualquier investigación en materia de promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas diferente a las netamente administrativas debía llevarse bajo la cuerda de las normas del Código de Procedimiento Civil como un proceso judicial.
- B. En efecto existe una diferencia entre competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas, pues para el primero, es necesario basarse en lo preceptuado por el Código de Comercio bajo el nombre de competencia desleal. En consecuencia, debe acudirse a un juez para obtener la indemnización de perjuicios, sin que la

Superintendencia de Industria y Comercio tenga ninguna posibilidad de injerencia en el tema de competencia desleal, pues ambos están desligados.

- C. También es posible afirmar que se presenta una ventaja para el tema de practicas comerciales restrictivas y una desventaja para el tema de competencia desleal, por cuanto la primera cuenta con dos opciones o frentes a los cuales se puede acudir, mientras que la segunda es limitada al juez⁷⁴.
- D. O bien, puede entenderse bajo los mismo parámetros de la constitución de 1991 de la libertad de competencia, libertad de empresa y libertad económica se dicta e decreto 2153 de 1992 que por ende bajo el querer del legislador lo que se busca es justamente que el tema quede recogido como “promoción de la competencia”, lo cual abarca tanto la competencia desleal como las prácticas comerciales restrictivas.

Son varias las normas consagradas en este decreto referentes al tema de promoción de la competencia a saber:

⁷⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 1000010212 de 1994. “sin embargo al concordar las normas del Código de Comercio recién citadas con los artículos 2, 4 y 11 del Decreto 2153 de 1992, en los cuales se confieren las funciones de la Superintendencia de Industria y comercio y las del Delegado para la Promoción de la Competencia, se concluye que no es factible adelantar las investigaciones administrativas en contra de los presuntos implicados en la competencia desleal simultáneamente con el proceso judicial respectivo, salvo que la conducta constituya, en adición a una infracción a la competencia desleal, una vulneración de las normas específicas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas de las que se ocupan la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.”

- ✓ El numeral 1 del artículo 2 atribuye como función a la Superintendencia de Industria y Comercio la guarda sobre el cumplimiento sobre las disposiciones relativas a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁷⁵.
- ✓ El numeral 2 del mismo artículo da la facultad de sancionar con multas a aquellas personas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁷⁶.
- ✓ El numeral 10 del artículo 4 da la misma atribución del numeral 1 del artículo 2 al Superintendente de Industria y Comercio como máxima autoridad de la entidad y además el numeral 15 del mismo artículo lo faculta para interponer las sanciones, siempre dentro del tope máximo que la misma norma determina⁷⁷.

⁷⁵ Decreto 2153, artículo 2, numeral 1. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

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

⁷⁶ Ib-idem, numeral 2. 2. Imponer las sanciones pertinentes 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 Superintendencia.

⁷⁷ Ib-idem, artículo 4, numeral 10. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

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 2, numeral 1, del presente decreto.

La posición de quienes realizamos este trabajo, después de analizar las hipótesis plateadas es aquella que da una clara diferencia entre la competencia desleal y las prácticas comerciales restrictivas y por ende les daba una ventaja a las segundas sobre la primera por el planteamiento efectuado.

Este punto de vista se acentúa por la expedición de la ley 256 de 1996, la cual se denomina “ normas sobre competencia desleal” que regula el tema de manera extensa, disponiendo cuál es el procedimiento a seguir en caso de violación de cualquiera de las normas allí contenidas. En cuestionamiento que sigue es: ¿ Cuándo se dan las facultades jurisdiccionales excepcionales a la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad administrativa, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 116 de la Carta Política de 1991?. Es allí donde surge el estudio de la ley 446 de 1998.

Ley 446 de 1998: debido a que el decreto 2651 de 1991 fue proferido basado en las facultades extraordinarias dadas al presidente de la república en virtud de la ley 4° de 1969, por un término de 42 meses, es decir, de manera transitoria como consecuencia de las necesidades que para ese entonces se presentaron en relación con la gran cantidad de expedientes que se encontraban represados en los despachos judiciales y a pesar de los mecanismos que en dicha regulación se previeron para buscar una solución efectiva y eficaz al problema, éstos no fueron lo suficientemente productivos.

En consecuencia y debido a la terminación de la vigencia de este decreto el 9 de julio de 1996, se hizo forzosa la prorrogación del mismo.

Para ello se expidió la ley 192 de 1995⁷⁸, la cual determinó la prolongación el Decreto 2651 de 1991 por un año más. Esta ley a su vez, fue prorrogada en los dos años siguientes por la ley 287 de 1996 y 377 de 1997⁷⁹.

Sin embargo, ante la inevitable situación que se presentó durante esos 7 años, se hacía necesaria una reglamentación permanente de las normas pertinentes a la descongestión de justicia. En razón de ello, se presentó ante el Congreso un proyecto de ley⁸⁰ con miras a lograr que éste proferiera una ley de carácter permanente con base en la normatividad existente hasta ese momento sobre la descongestión judicial e incluyera en la misma ley algunas disposiciones para lograr la eficiencia y el acceso a la justicia.

⁷⁸ Ley 192 de 1995. Artículo 1°. Prorrógase por un (1) año la vigencia del Decreto 2651 de noviembre 25 de 1991, con excepción de lo previsto en los artículos 39, 44, 54, 59, 61 y 62 del mismo.
Artículo 2°. La presente Ley rige a partir del 10 de julio de 1995, deroga las disposiciones que le sean contrarias y complementa las demás.

⁷⁹ Ley 287 de 1996 y ley 377 de 1997. Ley 287 de 1996. Artículo 1°. Prorrógase por un (1) año la vigencia del Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991, prorrogado por la Ley 192 del 29 de junio de 1995, con excepción de lo previsto en los artículos 39,44,54,59,61 y 62 del mismo.
Artículo 2°. La presente Ley rige a partir del 10 de julio de 1996, deroga las disposiciones que le sean contrarias y complementa las demás.
Ley 377 de 1997. Artículo 1°. Prorrógase por un (1) año la vigencia del Decreto 2651 del 25 de noviembre de 1991, prorrogado por las Leyes 192 de 1995 y 287 de 1996.
Artículo 2°. La presente ley rige a partir del 10 de julio de 1997, deroga las disposiciones que le sean contrarias y complementa las demás.

⁸⁰ Proyecto de ley N° 234 de 1996 en el Senado y PL N° 1 de 1997 Cámara.

Es así como después de los debates necesarios para la expedición de la Ley, se sanciona el 7 de junio de 1998 la Ley 446 “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”⁸¹.

En el título IV de la Ley 446 de 1998 se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio en los siguientes términos:

- ✓ Artículo 143 de la Ley 446 de 1998⁸²: facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio para que tuvieran las mismas atribuciones en materia de competencia desleal, de las que ya le habían sido asignadas para el tema de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal⁸³, pues podemos afirmar que sí, en la

⁸¹ Diario oficial número 43335 del 8 de julio de 1998, páginas 1-20

⁸² Ley 446 de 1998, artículo 143. Funciones sobre competencia desleal. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

⁸³ La Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes conceptos hace la distinción entre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal. La libre competencia es un derecho de naturaleza constitucional, que se encuentra consagrado en cabeza de todos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 333 de la Carta Política, corresponde al Estado impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica.

Puede afirmarse que el derecho de la competencia se divide en 2 grandes ramas, la protección contra comportamientos desleales y la salvaguarda contra prácticas comerciales restrictivas. Cada rama a su vez cuenta con normas sustanciales y con regímenes instrumentales de aplicación distintos.

Los actos de competencia desleal involucran en ciertas oportunidades la afectación a intereses generales, pero lo que se persigue primordialmente es proteger los intereses individuales de los competidores afectados por la conducta desleal.

medida que el querer del legislador al parecer por el vacío generado por el Decreto 2153 de 1992 donde no se regula el tema de competencia desleal es, subsanarlo con la redacción del artículo 143 de la Ley 446 de 1998. Sin embargo, la Ley no aclara en ninguno de sus preceptos cuál es la distinción propia que le cabe a cada una de estas instituciones.

Igualmente podemos afirmar que hasta ese momento la competencia desleal no contaba con una regulación de carácter administrativo sino judicial en el cual debían aplicarse las normas de la Ley 256 de 1996, que reguló completamente la materia, dando la posibilidad al afectado de acudir ante autoridades judiciales para la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar, pero nunca mencionó que eventualmente frente a ella existiera la vía administrativa.

- ✓ Artículo 144 de la Ley 446 de 1998⁸⁴: en razón de haber sido otorgadas las mismas facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal que las dadas para las prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, esta norma determina el Procedimiento a ser adelantado en

Por otra parte, la otra rama lo que tutela son intereses generales, particularmente para salvaguardar a los consumidores y propender por el eficiente funcionamiento del mercado se ha encontrado a cargo de las autoridades administrativas la supervisión y el control.

Existen otras diferencias entre estas dos ramas, que son la legitimación activa en la causa, las autoridades competentes para adelantar la investigación y las facultades para determinar los perjuicios en competencia desleal.

⁸⁴ Ley 446 de 1998, artículo 144. Facultades sobre competencia desleal. En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para

las investigaciones correspondientes bajo la misma óptica, pues las etapas grosso modo son: averiguación preliminar de oficio o a solicitud de un tercero, apertura de investigación, notificación personal, presentación de pruebas, práctica de pruebas, informe motivado, traslado del informe motivado, y eventualmente terminación anormal del proceso por presentación de garantías suficientes.

Es importante resaltar que el Procedimiento para iniciar una investigación previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 hace una remisión expresa al Código Contencioso Administrativo en todo lo que no se encuentre regulado en la norma.

- ✓ Artículo 147 de la Ley 446 de 1998⁸⁵: este artículo, de acuerdo con los pronunciamientos de las altas cortes y los conceptos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, es el pilar de la posibilidad de ejercicio de las funciones jurisdiccionales para este organismo administrativo. Pues bien, la competencia a prevención, es la posibilidad que se le da a la persona que quiere iniciar una acción por infracción a las normas de la libre competencia, para poder acudir ante los Jueces de la República o a la Superintendencia de Industria y Comercio. Se denomina a prevención, pues desde el momento en que uno de los

las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes

⁸⁵ Ib-idem, artículo 147. Competencia a prevención. La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte.

El Superintendente o el Juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

funcionarios tiene conocimiento del proceso, le está vetado al otro servidor público tener conocimiento del mismo, por lo cual si a sus manos llega un proceso que ya fue iniciado en un juzgado o en la Superintendencia, deberá declarar de plano la nulidad de su actuación por ser ésta posterior a la ya iniciada.

Se habla así de las funciones jurisdiccionales de las Superintendencias, pues a renglón seguido el inciso 3 de la norma dispone que con base en el artículo 116 de la Carta Política, las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia respectiva, una vez e firme, hace tránsito a cosa juzgada. Es una verdadera equiparación entre las funciones de los Jueces y de los funcionarios pertenecientes a cualquiera de las Superintendencias⁸⁶.

- ✓ Artículo 148 de la Ley 446 de 1998⁸⁷: este artículo es posteriormente modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999. Pero su redacción original remitía al estudio de

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada.

⁸⁶ Varios conceptos de la SIC explican el asunto. Entre ellos Concepto 01060072 de septiembre de 2001, Concepto 01096191 de diciembre de 2001 y Concepto 02017928 de abril de 2002.

⁸⁷ Ley 446 de 1998, artículo 148. Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que reciban la solicitud.

Los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales.

Parágrafo. Previo el sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de los asuntos que por virtud de la cláusula general de competencia atribuida en la presente ley son susceptibles de ser conocidos por ella, el cliente o usuario deberá presentar, cuando lo hubiere, una reclamación directa ante el Defensor del Cliente o figura análoga en la respectiva entidad vigilada. Con todo, cuando la entidad no haya designado

las cuestiones relativas a los términos señalados en el Código Contencioso Administrativo y daba un término de 30 días para proferir el fallo, sin que existiera claridad en el momento e que dicho término comenzaba a correr.

Igualmente el inciso segundo determina que los actos que profieran estas entidades e virtud de las facultades jurisdiccionales, no son susceptibles de recurso ni acción alguna, postulado que más adelante será analizado e la Sentencia C-384 de 2000.

Ley 510 de 1999: El artículo 52⁸⁸ de la Ley 510 de 1999, modificó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998. En efecto, el artículo considera que el procedimiento que se debe

un Defensor o no mantenga una figura análoga el cliente o usuario podrá acudir directamente ante esa autoridad para que le sea resuelta la controversia.

En consecuencia, el cliente o usuario que se dirija ante la Superintendencia Bancaria, deberá presentar una petición formal a esa autoridad en los términos señalados en el Capítulo III del Código Contencioso Administrativo, incluyendo, en caso de insatisfacción, la decisión adoptada por el Defensor de la Entidad y las razones de inconformidad frente a la misma.

De igual forma la Superintendencia Bancaria deberá resolver las controversias en los eventos en que la reclamación ante el Defensor del Cliente no haya sido resuelta en el tiempo asignado en el propio reglamento interno para proferir respuesta definitiva o cuando haya sido formalmente denegada la admisión de la petición.

⁸⁸ Ley 510 de 1999, artículo 52. El artículo 148 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

Artículo 148. *Procedimiento.* El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

llevar por parte de la Superintendencia es aquel consagrado en el Código Contencioso Administrativo, y aquello que no se encuentre previsto allí, deberá ser analizado bajo la óptica de las propias de las normas propias de un proceso verbal sumario, situación de remisión que no era contemplada en el anterior precepto, por lo que aquí se debe mirar

Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.

Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso.

Parágrafo 1°. Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de los asuntos que por virtud de la cláusula general de competencia atribuida en la presente ley son susceptibles de ser conocidos por ella, el cliente deberá presentar, cuando la hubiere, una reclamación directa ante el Defensor del Cliente o figura análoga en la respectiva entidad vigilada. Con todo, cuando la entidad no haya designado un Defensor o no mantenga una figura análoga, el cliente o usuario podrá acudir directamente ante esa autoridad para que le sea resuelta la controversia.

No obstante, en aquellos eventos en que el cliente se encuentre inconforme con la decisión adoptada por el Defensor del Cliente o figura análoga, podrá someter a la competencia de la Superintendencia Bancaria la definición de dicha controversia.

De igual forma, la Superintendencia Bancaria podrá resolver las controversias en los eventos en que la reclamación ante el Defensor del Cliente o figura análoga no haya sido resuelta en el tiempo asignado en el propio reglamento interno para proferir respuesta definitiva o cuando haya sido formalmente denegada la admisión de la petición.

En estos eventos, a la petición deberá adjuntarse copia de la decisión y señalar las razones de inconformidad con la misma, la prueba de que la controversia no ha sido resuelta dentro del término señalado en el reglamento interno o la copia del documento mediante el cual el Defensor del Cliente o figura análoga inadmite la petición.

Parágrafo 2°. Para acudir ante la Superintendencia de Valores, los accionistas minoritarios a que se refiere el artículo 141 de la presente ley deberán probar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la reunión de la asamblea general de accionistas en la cual se tomaron las decisiones que no están dirigidas al desarrollo y protección del interés social, que previamente se informó de tales hechos a la junta directiva y al representante legal y que han transcurrido treinta (30) días desde que se informó a los administradores y éstos no han adelantado ninguna actuación conducente a verificar las irregularidades denunciadas ni a corregirlas o contrarrestarlas, cuando fuere el caso.

En los casos en que las decisiones o actuaciones sean de la junta directiva o de los representantes legales, el trámite previo al que se refiere el presente párrafo, deberá surtirse ante la asamblea general de accionistas y los dos (2) meses a que se refiere el inciso anterior se contarán desde la fecha de la reunión de la junta directiva o desde la fecha de la actuación del representante, según fuere el caso.

Para establecer el cumplimiento del trámite previsto en el presente párrafo, se analizarán las actuaciones que el órgano respectivo pueda realizar, de acuerdo con su competencia legal y estatutaria.

Parágrafo 3°. En firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

el siguiente aspecto: el artículo 24⁸⁹ de la Ley 256 de 1996 establece que el procedimiento de los Jueces de la República deben seguir para el estudio de las acciones por competencia desleal es el procedimiento abreviado contemplado en el Código de Procedimiento Civil y el artículo 52 de la Ley 52 de 1999. Existe entonces una diferencia con base en el precepto 116 superior por ser una materia precisa y determinada. Sin embargo, puede quedar un vacío puesto que en la práctica las consecuencias de las diferencias existentes en cada proceso dan lugar a pensar que el sujeto activo opta por acudir a la Superintendencia tiene mayores posibilidades de que litigio se resuelva de una manera más expedita en razón de que los términos de un proceso verbal sumario en lo no contemplado en el Código Contencioso Administrativo son mucho menores que el de uno abreviado.

En cuanto tiene que ver con el término dado a la Superintendencia para proferir su decisión, esta norma clara que el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 daba de manera vaga, al determinar que dicho período de 30 días será contado desde el momento en que la petición efectuada sea entregada de forma completa. Además, establece que ese término se entiende suspendido en la medida que existan recursos en trámite, notificaciones pendientes o pruebas que no se hayan practicado.

⁸⁹ Ley 256 de 1996, artículo 24. Trámite. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas legales sobre protección al consumidor, los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el Código de Procedimiento Civil y serán competentes para su conocimiento los jueces especializados en Derecho Comercial creados por el Decreto 2273 de 1989. En donde éstos no existan conocerán de esta clase de procesos los jueces civiles del circuito.

Tampoco es clara la norma en el tema de la liquidación de perjuicios ya que el párrafo 3 del precepto que establece que cuando se encuentre en firme la decisión de la Superintendencia, el afectado podrá acudir ante esa entidad dentro de los 15 días siguientes para solicitar la indemnización de perjuicios, cuestión que se resolverá como un incidente. Ahora bien, el procedimiento al que debe ceñirse la Superintendencia es el previsto en el Código Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 166⁹⁰ dispone, que se tramitarán como incidentes las cuestiones accesorias al proceso y acto seguido en su artículo 167⁹¹ dispone que todo lo relacionado con dicho tema de decidirá con bajo las normas del Código de Procedimiento Civil. A su vez el mismo artículo 52 de la Ley 510 de 1999 dice que en lo relacionado con las normas del Código Contencioso Administrativo se debe remitir al proceso verbal sumario. Luego ambos estatutos, llegan al mismo Código de Procedimiento Civil. Y al llegar a él, deben tenerse en cuenta dos artículos: el artículo 138⁹² y el artículo 440⁹³. El primero de ellos

⁹⁰ Código Contencioso Administrativo, artículo 166. Incidentes. Se tramitarán como incidentes las cuestiones accesorias que se presenten dentro del proceso y que este Código expresamente ordene tramitar en esta forma. Las demás se decidirán de plano.

⁹¹ Ib-idem, artículo 167. Trámite, preclusión y efectos de los incidentes. Los incidentes se tramitarán en la forma indicada en los artículos 135 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En cuanto a su preclusión y efectos se seguirá el mismo estatuto.

⁹² Código de Procedimiento Civil, artículo 138. Modificado. Decreto 2282 de 1989, artículo 1. Numeral 74. Rechazo de incidentes. El juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este Código o por otra ley, los que se promuevan fuera de término y aquéllos cuya solicitud no reúna los requisitos formales.

El auto que rechace el trámite del incidente será apelable en el efecto devolutivo; el que lo decida, en el mismo efecto si es adverso a quien lo promovió, y en el diferido en el caso contrario salvo lo dispuesto en el artículo 147.

⁹³ Ib-idem, artículo 440. Modificado. Decreto 2282 de 1989, artículo 1. Numeral 244. Prohibiciones. En este proceso son inadmisibles: la reforma de la demanda, la reconvencción, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de la terminación del amparo de pobreza, y la suspensión de su trámite por causa diferente a la de común acuerdo de las partes.

El amparo de pobreza y la recusación sólo podrán proponerse antes de que venza el término para contestar la demanda.

establece que el Juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este Código. Mientras que el segundo establece las prohibiciones en el proceso verbal sumario diciendo “en este proceso son inadmisibles: la reforma de la demanda, la reconvención, la acumulación de procesos, los incidentes...”

Por tanto no podría hacerse la liquidación de perjuicios a través de un incidente, por las razones anteriormente expuestas.

Ahora bien, no solamente general ese vacío la norma, sino con el hecho de saber si la liquidación de los perjuicios es solo para que la Superintendencia los tase o a su vez los declare probados. En nuestra opinión puede ser lo uno o lo otro dependiendo de lo siguiente: si se da el alcance de un incidente, ello llevaría a concluir lo segundo, es decir que se entienden probados. Sin embargo al explicar que la figura del incidente no funciona solo se estarían tasando.

Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-384 de 2000. Esta Sentencia reviste su importancia basándose en el hecho mismo de la consecuencia que se deriva en virtud de inciso 3 del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, donde se prevé que las decisiones que profieran las Superintendencias en virtud de sus funciones jurisdiccionales no son susceptibles de ningún recurso, salvo cuando la decisión se refiera a la declaración de

incompetencia por parte de cualquiera de esas entidades o frente a fallo definitivo, pues estas dos últimas si son apelables ante los mismos organismos⁹⁴.

La norma que el demandante considera violada es:

1. Violación al artículo 29⁹⁵ de la Constitución Política, sobre el debido proceso.

2. Los fundamentos de la demanda son:

- a) El artículo citado expresamente determina que toda sentencia puede ser apelada o consultada salvo que la Ley consagre excepciones, pero no impide en ningún momento el ejercicio de otra acción o recurso ante las autoridades judiciales, como lo hace el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 al privar de todo tipo de posibilidad al accionante, al prohibir cualquier otra acción como la tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares o colectivas, entre otras.

⁹⁴ Ley 510 de 1999, artículo 52, inciso 3. Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso.

⁹⁵ Constitución Política, artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

3. En relación con las intervenciones efectuadas se observan dos disposiciones encontradas:

- a) Aquella que defiende la constitucionalidad de la norma argumentando que lo que pretende la disposición es evitar la réplica mediante los recursos de Ley, pues la intención del legislador no es otra que permitir que los asuntos especiales sujetos al conocimiento de esos organismos, no se dilaten e el tiempo más allá de lo necesario.
- b) La otra cara del análisis pretende la declaratoria de la inexecutable, basado en el hecho de que sí bien existen casos en los cuales el legislador indica la imposibilidad de ser llevados a segunda instancia, la norma acusada va más allá de ese propósito querido por el legislador para pasar a limitar de manera absoluta cualquier eventualidad que se tendría para acudir a otros mecanismos, acciones o recursos de las vías judiciales que la misma constitución permite.

Dentro de esta segunda corriente se encuadra el criterio del Procurador General de la Nación, quien sustenta la posición al decir que si bien el legislador tiene expresas facultades para decidir y regular los procesos y trámites judiciales y por lo mismo los recursos, precedencia y requisitos de los mismo, es una facultad que bien le da amplias posibilidades a esa Rama más no así en el asunto de los recursos extraordinarios, toda vez que no existe una sola norma en la Carta Política que prohíba y justifique la exclusión del recurso de revisión en ningún tipo de sentencias, cuando se configuren las causales para ello.

4. El problema jurídico que aquí se plantea es: ¿Cuál es el límite en el ejercicio de la función legislativa para configurar los procesos y las instancias a que los mismos están sujetos sin que lleguen a ser contrarios a las normas constitucionales?

Los fundamentos de la Corte se encuadran frente a los siguientes argumentos:

- a) La atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas se encuentra plenamente fundamentada en virtud del artículo 116 de la Constitución Política de 1991 por lo que aquellas otorgadas a las Superintendencias se encuentran completamente ajustadas a la norma de normas.
- b) El principio general en la materia es el de la autonomía del legislador, en la medida que es él quien establece los casos en los cuales existe un recurso para cierto tipo de acusaciones, pero eventualmente ese mismo recurso se hace imposible en otro tipo de actuaciones de acuerdo con las necesidades y conveniencia que después de analizar concluya, siempre que con ello no se viole ningún postulado constitucional. Pero aun con esa limitación, puede suprimir recursos que antes había consagrado sin que por esa sola razón este vulnerando la Carta Política.
- c) El legislador no puede excluir unos recursos respecto de situaciones procesales iguales solo para una parte de ellas, porque violaría con ello los principios constitucionales. Pero si bien ello sería arbitrario no podría hablarse en el mismo sentido si la limitación de acudir a un recurso se basa en el tipo del asunto de la

materia del litigio. En consecuencia se aparta de la posesión esgrimida por el Procurador General de la Nación, al entender que si los recursos de revisión y casación fueran atribuibles a todo tipo de asuntos, perderían su carácter de “extraordinarios” a más que de la lectura juiciosa de la Constitución no se deduce su aplicación obligatoria e ineludible.

- d) En la medida que las funciones jurisdiccionales que ejercen las autoridades administrativas se llevan con las particularidades propias de esas entidades y son diferentes de las que generalmente conocen las autoridades judiciales, no hablaremos de violación a la igualdad en los recursos que se puedan interponer por cuanto el matiz para cada una de ellas varía e cierto grado. Más no podemos decir lo mismo, respecto de los actos que profieren las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales, ya que la limitación que sobre ellos se impone de improcedencia de todo tipo de acciones rebasa los pilares constitucionales en razón de que dichas actuaciones vulneran algún derecho fundamental, no podría contra ellas interponerse la acción de tutela con lo cual se presenta una clara violación al artículo 86 de la Constitución.

Es decir la Corte reiteradamente ha dicho que es posible la tutela contra las decisiones judiciales, si con ellas se han configurado una vía de hecho que se define así: “Obsérvese que los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa medida agravan el ordenamiento jurídico. Los errores ordinarios, aun graves de los jueces in

iudicando o in procesando, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere.”

Y como resulta evidente que las superintendencias en ejercicio de las facultades jurisdiccionales pueden incurrir en una vía de hecho, sería contrario a los preceptos constitucionales que frente a iguales situaciones procesales se estuviera excluyendo al actor de la posibilidad de “todo tipo de acciones”, mas aun cuando no habría ningún otro mecanismo previsto para la defensa de sus intereses.

e) La ultima consideración de la Corte se refiere al siguiente interrogante: ¿Qué sucede si en el ejercicio de funciones jurisdiccionales las superintendencias rebasan sus competencias? En este caso y atendiendo a la prevalencia del criterio orgánico, la Honorable Corte ha entendido que dichos actos no podrán ser entendidos como jurisdiccionales porque como lo excepcional es la atribución de este tipo de funciones, en el momento en que rebasen los límites deberán tenerse como si fueran proferidos en virtud de su forma general de actuar es decir, como actos administrativos. En consecuencia estarán sometidos a las acciones y los recursos que para ese tipo de actos procedan.

Luego la Honorable Corte declara la exequibilidad del artículo demandado pero condicionalmente, bajo el entendido que dicha disposición no puede impedir el ejercicio de la acción de tutela contra las decisiones judiciales que profiera la Superintendencia.

Sin embargo, frente a la Sentencia de la Corte Constitucional, se dio un salvamento de voto por varios por varios de los magistrados de la Sala en los siguientes términos:

- ✓ No debió entrar la Corte entrar a realizar un pronunciamiento sobre una norma que no fue acusada, y menos a respaldar en la parte motiva de la misma que las facultades jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia Bancaria se ajustan a la Constitución.
- ✓ ¿Quién califica si hubo exceso en la competencia o no de las Superintendencias? Pues es obvio que nadie más que la autoridad judicial encargada de conocer de tales acciones; luego el afectado siempre afirmará que si hubo extralimitación en las funciones, a paso que la Superintendencia siempre afirmará lo contrario. Es decir que en este punto hay una abierta contradicción en la medida que la Corte consagró la acción ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir este punto. En consecuencia el pronunciamiento ha debido ser la inexecuibilidad de la norma.

Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-1641 de 2000: Esta sentencia a pesar de no tocar precisamente el tema de las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio sino de las Superintendencias en general y sobre todo en lo referente a la Superintendencia Bancaria, es necesaria dentro del análisis que estamos efectuando, por cuanto genera elementos de juicio relevantes en materia de atribución de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas.

Se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 133, 134 y 147 de la ley 446 de 1998, y los artículos 51 y 52 de la ley 510 de 1999.

1. Las normas que el demandante considera violadas se resumen así:

- a) Violación al debido proceso
- b) Violación a la imparcialidad en las decisiones judiciales
- c) Violación a la independencia en la administración de justicia
- d) Violación al derecho de defensa

2. Los fundamentos de la demanda son:

- a) La Superintendencia Bancaria ha impartido instrucciones y ordenes a las entidades vigiladas en virtud del ejercicio de las funciones de vigilancia, inspección y control, y a su vez sobre ellas mismas ejerce funciones judiciales en controversias entre aquellas y sus clientes, no existe independencia ni

imparcialidad por lo que el derecho de defensa y el debido proceso se encuentran vulnerados.

La consecuencia de ello es que los funcionarios pertenecientes a esta entidad a esta entidad de carácter administrativo no podrán apartarse de los lineamientos y parámetros unificados de la entidad por cuanto pertenecen a ella.

- b) Si los funcionarios de la Superintendencia Bancaria como autoridad administrativa que administra justicia con ocasión de las facultades jurisdiccionales otorgadas de manera excepcional, de acuerdo con el artículo 116 de nuestra Carta Política, están sometidos y dependen del organismo que inspecciona, vigila y controla y con base en esos poderes imparte instrucciones a una de las partes involucradas en el proceso; se viola el principio de independencia e imparcialidad.
- c) La atribución a entidades administrativas dada por el artículo 116 de la Constitución política para ejercer funciones jurisdiccionales está siendo violada e la medida en que la Ley debe determinar las materias precisas en las cuales se ejercerán esas funciones y el artículo 146 de la ley 446 de 1998 que fue reformado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999 otorga facultades a la Superintendencia Bancaria ilimitadas respecto de todos los contratos que celebren las entidades sujetas a su vigilancia, permite que dicte sentencia sobre el proceso contractual completo y la limitación en razón de la cuantía se hace ineficaz pues los asuntos en los cuales no sea posible su determinación están sujetos a esas atribuciones judiciales dadas por excepción a esa entidad.

d) El equilibrio que debe existir entre las partes intervinientes en el proceso se rompe cuando el artículo 51 de la ley 510 de 1999 da la posibilidad a los clientes de acudir o ante la Superintendencia Bancaria o ante los jueces de la República por implicar una discriminación a las entidades financieras.

Bajo este mismo supuesto el demandante solicita la declaratoria de inexecutable del artículo 147 de la Ley 446 de 1998 denominado competencia a prevención, que da el mismo tratamiento a los procesos que se adelanten ante el Juez competente y la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Las intervenciones dentro de la demanda fueron del Procurador General de la Nación, del Ministerio de Justicia y de Derecho, y de la Superintendencia Bancaria. Todos expusieron prácticamente los mismos argumentos para que las normas se declaren en su totalidad executable por las siguientes razones:

a) En ningún momento existe violación a las normas acusadas, por cuanto el artículo 116 de la Constitución claramente otorgó por excepción, funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y se ve de una forma precisa que el postulado está siendo aplicado e la medida en que la Superintendencia Bancaria es un organismo administrativo al que fueron otorgadas esas facultades.

b) En segundo termino aluden que las materias sobre las cuales la ley atribuyó las facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Bancaria, lo hizo sobre determinadas materias como lo ordena el precepto del artículo 116 de la

Constitución, por lo cual tampoco hay lugar a que prosperen los cargos formulados.

- c) Es constitucionalmente admisible que el legislador buscando la descongestión de los despachos judiciales, asigne funciones jurisdiccionales a entidades administrativas que por su naturaleza y funciones propias y el grado de tecnicismo que han alcanzado dentro de la estructura administrativa del Estado, resultan ser más idóneos para dirimir esos conflictos.

En realidad y con todo respeto vale decir, que todas y cada una de las corporaciones intervinientes realizaron un análisis de los cargos formulados un poco superficial, pues se limitaron a defender la constitucionalidad de las normas con base en el enunciado taxativo del artículo 116 de la Carta Política, pues claramente encuentran su sustento e los principios de eficiencia de la justicia, colaboración de los poderes y unidad funcional del Estado y en ultimas complementan el deber a cargo de la rama ejecutiva del poder publico de cumplir y hacer cumplir las leyes argumentando así la posición de cada uno de ellos y expresando que e consecuencia ninguna de las normas referidas por el demandante se encuentran violadas.

Sin embargo, olvidan todos y cada uno de ellos, que las normas que el demandante encuentra violadas se sustentan en la razón básica y principal que si una entidad administrativa vigila, inspecciona y controla a las entidades financieras y a su vez puede ejercer facultades de juez en las controversias que se susciten entre estas y sus

clientes, el equilibrio procesal se encuentra quebrantado por existir una ventaja para el cliente, en la medida en que los funcionarios encargados de tomar la decisión judicial de fondo, jamás podrá apartarse de los reglamentos, parámetros y instrucciones que son impartidos por la Superintendencia Bancaria pues estaría desconociendo la unidad de la cual surgen los pronunciamientos a los cuales se debe sujetar por tratarse de su superior jerárquico y por ser un funcionario perteneciente a dicha entidad. En consecuencia no es visible la objetividad que como jueces los debe caracterizar, pues posiblemente su imparcialidad se vea afectada bajo los razonamientos enunciados.

4. El problema jurídico objeto de análisis en esta sentencia, en nuestra opinión son dos:

- a) ¿El postulado del inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política, es de carácter ilimitado o se encuentra condicionado a que esas autoridades administrativas reúnan los requisitos propios de un juez bajo las funciones que se les están otorgado?
- b) ¿Puede presentarse u conflicto de intereses al tener la Superintendencia Bancaria atribuciones jurisdiccionales y además ser un organismo de inspección, vigilancia y control?

5. Frente a los dos problemas jurídicos plateados, los fundamentos de la Corte se encuadran bajo los siguientes argumentos:

- a) El carácter excepcional otorgado a las autoridades administrativas no significa que sea de carácter transitorio y que éstas no se les puedan dar facultades de carácter permanente, pues lo excepcional no es lo transitorio sino lo excepcional a la regla común y si el constituyente hubiera querido dar el matiz de transitorio así lo hubiera dicho en la mencionada disposición.
- b) A juicio de la Honorable Corte, el campo de actuación de las Superintendencia Bancaria en el ejercicio de la función judicial está delimitado claramente sin que haya lugar a una interpretación diferente, toda vez que la norma establece claramente los supuestos sobre los cuales tiene en los siguientes términos:
- ✓ La Superintendencia Bancaria solo puede conocer de las controversias que surjan por la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
 - ✓ Debe tratarse de contratos entre instituciones financieras o entidades aseguradoras y sus clientes, y que sean suscritos con ocasión del ejercicio de la actividad financiera, aseguradora o previsional.
 - ✓ La norma establece un límite por razón de la cuantía, pues establece que solo pueden someterse a dicha competencia jurisdiccional los asuntos sin cuantía determinable o aquellos cuyo valor no exceda de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - ✓ Las facultades jurisdiccionales otorgadas a las Superintendencias se hacen en busca de una solución efectiva frente a la congestión existente de los despachos judiciales y ante la protección del cliente como parte débil en la relación entre éste y las entidades financieras, dando así la opción para que

el cliente decida acudir a uno o a otro, encaminado ello al logro de una mayor igualdad real y efectiva en este tipo de relaciones contractuales, objeto que a su vez se encuentra sustentado en la Constitución Política con base en el artículo 13.

- c) El recurrente tiene razón al establecer que si bien el postulado constitucional da la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, también es cierto que en algunos casos este principio puede llevar a desconocer el debido proceso, en razón de que si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad está sujeto a las instrucciones emitidas por sus superiores, es obvio que no reúna la imparcialidad y la independencia que se debe caracterizar a cualquier persona que ejerza función jurisdiccional en un estado de derecho.

Sobre el mismo punto afirma que las directrices administrativas en materia de inspección, control y vigilancia emitidas por las superintendencias limitan el ejercicio de una actividad jurisdiccional, toda vez que previamente hay una posición de la entidad en relación con las actividades sobre las cuales posteriormente tiene que juzgar.

Bastante acertada es la posición de la H. Corte en este sentido, pues no es posible desde ningún punto de vista que exista la imparcialidad y la independencia si se es juez parte a la vez. En efecto, si la Superintendencia Bancaria es la que imparte la normatividad en materia de inspección, vigilancia y control para las entidades

financieras y posteriormente se le faculta para que decida sobre las controversias que surjan entre éstas y sus clientes, ya que se dimensiona con anterioridad un grado de subjetividad en la medida que no le será posible a ningún a ningún funcionario que ejerce funciones jurisdiccionales en determinado momento, apartarse de la regulación que la misma entidad ya había planteado, pues no tiene la misma posibilidad de incumplir o apartarse de los parámetros dados por sus superiores y a los cuales obligatoriamente se encuentra sometido.

Sin embargo, al resolver la Corte Constitucional la demanda, olvida por un instante el estudio bajo la misma óptica del artículo 147 de la ley 446 de 1998 denominado competencia a prevención, y con el argumento de no haber sido estudiado bajo el mismo lente, lo declara exequible, habiéndose hecho necesario un análisis detallado para observar si sobre él cabrían o no las mismas consideraciones que aquí se estudiaron.

Análisis jurisprudencial Sentencia C-649 de 2001: Esta sentencia fue proferida el 20 de junio de 2001 cuyo Magistrado ponente fue el Dr. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se estudian los artículos 146 y 147 de la Ley 446 de 1998, para determinar qué tipo de funciones le fueron otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal.

1. Las normas que el demandante considera violadas se resumen así:
 - a) Principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional.
 - b) Violación a las competencias que se asignan a las entidades públicas
 - c) Violación a la libre competencia consagrado también en la Constitución

2. Interpretación dada por el demandante a las normas que considera infringidas:
 - a) Los conflictos generados por actos de competencia desleal, no son de interés general sino por excepción tratándose por ello de conflictos entre particulares que deben ser resueltos con base en las funciones judiciales ya que los Jueces de la República como servidores del estado su función es resolver las controversias entre particulares y entre particulares y el estado.
 - b) Los artículos 143 y 144 otorgan funciones netamente administrativas en materia de competencia desleal al remitir al mismo procedimiento y facultades otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de los procesos por prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia. Luego se presenta una contradicción por cuanto la aplicación de la normatividad de competencia desleal es una función jurisdiccional, al paso que a las facultades que otorgan los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 son de carácter netamente administrativo.

3. Los fundamentos de la demanda son:

- a) El artículo 333 de la Constitución consagra la libre competencia con lo cual se impone al Estado el deber de protección mediante mecanismos que sean necesarios para esa finalidad. Pero a juicio del demandante, la asamblea Nacional Constituyente al discutir la redacción de esta disposición distinguió entre 3 figuras a saber: libre competencia, justa competencia y leal competencia; y después de haber realizado un debate sobre las tres instituciones, decidió dar solo protección a una de ellas, hecho que se justifica en la medida que la injerencia de una práctica comercial restrictiva violatoria de la libre competencia afecta todo el sistema económico por lo que las consecuencias en el ámbito general son significativas, al paso que los actos por competencia desleal solo afectan o implican la realización de un inadecuado comportamiento en el mercado⁹⁶.
- b) Como la idea de una intromisión por parte del Estado en la actividad económica debe ser mínima, en cuanto la constitución consagra la libre competencia y por ello la idea de tutelar este principio debe basarse en el interés general a través del ejercicio estatal de funciones administrativas, mediante tareas de inspección y vigilancia que conllevan de una forma u otra a la disminución en la libertad económica y la afectación al patrimonio económico, dicho esquema esta siendo violado al incluir funciones administrativas al Estado que no le corresponden, por cuanto los comportamientos violatorios de la competencia desleal son de orden particular. Ello trae como consecuencia una indebida intervención estatal en

⁹⁶ Sentencia C-535 de 1997.

temas económicos, lesionando la libertad de empresa del artículo 333 de nuestra carta política y una vulneración a la atribución de funciones de ese mismo precepto.

- c) Existe una desproporción en la prerrogativa que se otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio, para aplicar las mismas facultades en materia de competencia desleal y promoción de la competencia al de la competencia desleal, debido a que si el artículo 209 de la constitución nacional de 1991 determina que la asignación de competencias a las autoridades públicas debe recaer sobre asuntos de interés general, no pueden ser asignadas competencias en temas de interés particular, ya que estos deben ser protegidos por su titular acudiendo a las autoridades judiciales. De lo contrario habría una extralimitación en el poder público como se observa ahora en la disposición en comento.
- d) Finalmente el demandante arguye que hay una violación al principio de igualdad en razón de que mientras la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer sanciones pecuniarias por los actos constitutivos de competencias desleal y multas a los representantes, gerentes, etc., que apoyan dichas conductas, los Jueces en virtud de la Ley 256 de 1996, no tienen la misma posibilidad por lo cual se observa una desventaja de los segundos frente a la primera entidad, además porque la conducta que se estudia es la misma.

- 4. Dentro de las intervenciones que se efectuaron, se aportaron bastantes elementos de juicio a saber:

- a) El esquema que se presenta es el siguiente: el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal que las que ya tiene para prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, y señalan que tendrán el mismo procedimiento. Ello nos hace necesariamente remitirnos a varias disposiciones del Decreto 2153 de 1992 y sobre todo al artículo 52 donde señala tales funciones y procedimiento. En uno de esos apartes del decreto 2153 de 1992 se dice que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse de abrir una investigación cuando a su juicio considere que no es significativa, o darla por terminada cuando se otorguen las garantías necesarias para la materia. En consecuencia se viola el principio de acceso a la administración de justicia que implica no solo la posibilidad de solicitarle al juez competente la protección de los derechos infringidos, sino la resolución del conflicto; labor que no se estaría cumpliendo si de plano se le otorgan a este organismo dichas posibilidades.
- b) Se viola el principio de la unidad de materia por cuanto la Ley 446 de 1998 otorgó tanto funciones administrativas como jurisdiccionales, pudiendo si el querer del legislador era la solución a la congestión judicial, otorgar solo las segundas. No hay por lo tanto conexidad sistemática.
- c) Violación al principio de igualdad porque genera desventaja y desproporción al sujeto pasivo en virtud de que si lo conoce el juez, la declaración de la conducta como desleal genera suspensión de la práctica, remoción de los efectos, prohibición de incurrir nuevamente en la conducta y condena de perjuicios,

mientras que si se tramita ante la Superintendencia de Industria y Comercio además de generar las mismas consecuencias generará la posibilidad de imposición de sanciones pecuniarias tanto por la conducta como al representante legal, director, gerente, etc.

5. Los problemas jurídicos planteados a la luz de las normas demandadas son:
 - a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las funciones que las normas acusadas confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de competencia desleal?
 - b) ¿Cuál es la relación entre estas funciones y las que ejercen los jueces en virtud de la ley 256 de 1996, respecto de las conductas constitutivas por competencia desleal?
 - c) ¿Es lesivo del principio de igualdad el que la norma disponga un procedimiento específicamente aplicable para el ejercicio de las facultades que allí mismo se confieren?
 - d) ¿Existe violación al principio constitucional de igualdad por el hecho de que existan distintas atribuciones para la Superintendencia y para los jueces?
 - e) ¿Se comprometa la imparcialidad de la Superintendencia, en el sentido de que la norma está facultado para ejercer funciones administrativas y jurisdiccionales respecto de unos mismos hechos?

6. Frente a los problemas jurídicos planteados la Honorable Corte hace las siguientes consideraciones:
- a) Si el artículo 147 de la ley 446 de 1998 habla de la competencia a prevención, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio tienen funciones jurisdiccionales que son las mismas dadas a los jueces en virtud de la ley 256 de 1996. En consecuencia al menos alguna de las funciones dadas por el artículo 143 de la misma ley, son jurisdiccionales.
 - b) Después de realizar un estudio literal de las normas, remitiéndose a los nombres enunciados en cada uno de los capítulos de la ley 446 de 1998, para observare si por esa vía se vislumbra el tema. Sin embargo concluye que no es posible por este medio dilucidarlo, por cuanto el título I es el único que realmente habla de funciones jurisdiccionales y excluye a la Superintendencia de Industria y Comercio, pero posteriormente en su artículo 147 y 148 del Título V le dan esas facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio por las razones explicada.
 - c) En la exposición de motivos del PL # 621 de 1996, presentado ante la Cámara de representantes, se observa que el fin del mismo era fortalecer las vías alternas de solución de conflictos, radicados en cabeza de las autoridades administrativas que por su naturaleza y su carácter técnicos, son más idóneos y conocedores de la materia.
 - d) En el mismo sentido se argumento la ponencia en segundo debate al afirmar que el proyecto pretende la asignación de funciones judiciales a autoridades

administrativas por su carácter especializado, donde los jueces se ocupen de aquellos asuntos cuyo significado socio-jurídico sea de la mayor envergadura.

e) Sin embargo el método histórico según la Corte tampoco explica el tema, en la medida que para el debate de la plenaria el congresista Roberto Camacho expreso que la ley solo estaba facultando algunas funciones jurisdiccionales de manera excepcionalísima.

7. Después de las consideraciones de la Corte, los magistrados llegaron a las siguientes conclusiones:

a) Es viable concluir que la voluntad del legislador fue que la Superintendencia de Industria y Comercio conociera ejerciendo funciones jurisdiccionales, de los mismos asuntos que ya venían conociendo los jueces, con base en la competencia a prevención que establece el artículo 147 de la ley 446 de 1998.

b) Se debe condicionar la constitucionalidad de las normas en este sentido: no podrá el mismo funcionario o despacho de la superintendencia ejercer funciones jurisdiccionales respecto de los casos de competencia desleal en los cuales ya se hubiere pronunciado antes, por motivo de las funciones administrativas. Deberán ser diferentes funcionarios, en los que no medie relación de jerarquía o funcional.

c) Es necesario que al ciudadano le hagan saber claramente cual función ejerce la entidad en cada caso.

d) La interpretación que mejor se acopla al principio constitucional de igualdad, así como lo preceptuado por el artículo 116 superior, es aquella según la cual, en las

normas consagradas en la ley 446 de 1998 se otorga tanto funciones administrativas como jurisdiccionales, y estas serán las mismas que da la ley 256 de 1996.

- e) No es cierto que violes el principio de libertad de empresa por cuanto la competencia desleal como factor del mercado incluye temas de interés general.
- f) No hay violación al principio de igualdad por las razones expuestas en la Sentencia C-384 de 2000 anteriormente analizada.

Por lo anterior la Corte Constitucional declara exequibles los artículos bajo las condiciones expuestas.

Vacíos de la Sentencia en materia de atribuciones jurisdiccionales

A. No determina el procedimiento en uno y otro caso.

Si bien la Corte en la Sentencia C-649 de 2001 consideró que la ley 446 de 1998 otorgó facultades administrativas y jurisdiccionales no esclareció si debía seguirse por parte de la entidad el proceso consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 o el artículo 147 de la Ley 446 de 1998 de una u otra manera, es decir que a pesar de hacerse la aclaración respecto de las funciones otorgadas a la SIC, da libertad al organismo para que opte por uno u otro camino. Lo mejor con su pronunciamiento habría sido que hubiera dado específicamente el procedimiento.

B. Imposibilidad de conocimiento posterior por cuanto la decisión de una norma de competencia desleal es del Superintendente de Industria y Comercio, con lo cual de allí para abajo, hablando en términos de jerarquía todos los funcionarios pertenecientes a esa entidad, se encuentran inhabilitados para conocer el caso con los mismos hechos cuando ejerzan funciones jurisdiccionales.

Lo que debió aclararse es que si bien el Superintendente Delegado es quien entrega el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, entre ellos no existe relaciones de dependencia ni subordinación sino que se basan en relaciones de armonía. Con ello la posición de la corte debió plantear un esquema en donde no solo prohibiera a los funcionarios que ya se pronunciaron sobre el tema sino que con esta variante explicada debió dar otro camino jurídico para que no se presenten confusiones en la interpretación.

C. Con los argumentos que expusimos frente al artículo 52 de la Ley 510 de 1999, la Corte podía haber vislumbrado la problemática procesal en ese aparte pero tampoco se detuvo en ese análisis juicioso, posiblemente por creer que excedería las razones de la demanda, cosa que a nuestro juicio no se puede concluir ya que en varias ocasiones la norma fue mencionada y estudiada por partes.

D. No aclara que sucede con la imparcialidad si no son los mismos hechos conocidos. Al establecer la prohibición posterior de conocimiento de funciones jurisdiccionales por parte de los mismo funcionarios que hayan estudiado los hechos ejerciendo funciones administrativas, la Corte no propone la hipótesis contrarias.

E. Incongruencia en la parte motiva de la sentencia: un primer momento especifica el procedimiento por parte de la SIC por investigaciones jurisdiccionales sería el mismo señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y posteriormente en la síntesis de la misma, señala que el procedimiento a seguir en los casos debía ser el mismo que tramitan los Jueces de la República bajo la Ley 256 de 1996.

CAPITULO V

PROPUESTA JURIDICA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADELANTADO EN LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN INVESTIGACIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

Después de la realización del análisis completo del tema de competencia desleal, presentaremos una propuesta de acuerdo con los lineamientos específicos de cada capítulo, basado en la integración existente entre las facultades jurisdiccionales otorgadas por la ley 446 de 1998 y el procedimientos en que se adelantan las investigaciones tanto en el campo administrativa como en el judicial.

Particularmente sobre el proceso por el cual son tramitadas las investigaciones por competencia desleal, es innegable que debe procederse a elaborar una que “técnicamente” se encuadre dentro de lineamientos judiciales, en el cual deberá seguir siendo llevado por la Superintendencia de Industria y Comercio cumpliendo las finalidades queridas por la Ley 446 de 1998: eficiencia, celeridad, descongestión de los despachos judiciales.

Para tal efecto, es correcta la implementación del grupo de trabajo de la entidad , para garantizar la objetividad e imparcialidad de los funcionarios que conozcan de las investigaciones.

En nuestra opinión, el proceso que deberá seguirse y cuyos términos deben ser cortos es:

Presentación de la demanda: en este punto, el demandante debe ceñirse a los requisitos que debe contener la demanda, consagrados en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. En este punto la diferenciación comienza en la denominación que se le dará a las partes, de demandante y demandado, a diferencia de una investigación administrativa que se denominan denunciante e investigado.

Averiguación preliminar: ya no existiría la averiguación preliminar que lleve a esclarecer si la conducta a juicio de la entidad es o no significativa y con base en ello abra o no la investigación, por cuanto ello sí daría lugar a la violación del debido proceso y al derecho de defensa que son la raíz de los principios constitucionales, sino que la demanda, igual que en cualquier proceso, podrá ser admitida si cumple con los requisitos, inadmitida sino cumple con los requisitos generales dados por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil o rechazada por falta de competencia en virtud de la competencia a prevención dada por el artículo 147 de la Ley 446 de 1998 o por caducidad o prescripción si se solicitaron medidas cautelares sin oír a la parte contraria y la demanda no fue presentada dentro de los 10 días siguientes a la práctica de aquellas. No podrá ser rechazada por falta de jurisdicción pues la Superintendencia tiene jurisdicción a nivel nacional.

Notificación de la demanda: para respetar el debido proceso y el derecho de defensa, se notificará la demanda personalmente al interesado, si ello no es posible, se fijará un edicto por 10 días para emplazarlo, vencidos los cuales se entenderá surtida la notificación.

Vale la pena anotar que no consideramos necesaria la publicación en una emisora nacional ni en un periódico de circulación nacional, toda vez que ese requisito no es relevante en la actualidad, si se observa que la gente no se interesa por ello y la mayoría de las veces es una obligación que tiene de dilatar el proceso.

Contestación de la demanda: con base en los diferentes pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional y teniendo en cuenta que por ser la Superintendencia de Industria y Comercio un organismo administrativo, pueden ser delimitadas las materias precisas y los principios sobre los cuales debe cumplir las funciones jurisdiccionales a ella atribuidas, dicha contestación no se haría con base en las posibles conductas que puedan ejercer un demandado, tales como excepciones de fondo, previas, demanda de reconvencción, etc., sino una manifestación que el presunto infractor hará a cada uno de los hechos y pruebas que pretenda hacer valer en un plazo máximo de 5 días, siendo válidos todos los medios de prueba.

Decreto y práctica de pruebas: vencido el término para contestar la demanda, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, decretará las pruebas que considere pertinentes y conducentes para el proceso, tanto las solicitadas por el demandante como por el demandado y aquellas que de oficio fueren indispensables. Es importante el criterio discrecional de la entidad como experta en el tema y conocedora de las bases y los postulados que debe salvaguardar, por lo que consideramos que debe insertarse unas disposiciones, elaborados por el grupo interdisciplinario de la entidad, recogiendo la experiencia que ya se ha presentado sobre el tema, en las que se enumera que pruebas pueden ser rechazadas.

Período probatorio: el período probatorio será en la medida que la Superintendencia de Industria y Comercio considere justo y suficiente, de manera general 20 días, pero si a su juicio y de manera discrecional como hasta ahora lo ha venido haciendo, considera que éste puede cambiar sin ser menor de 10 días o mayor de 30 y así lo establecerá claramente.

Informe motivado: en este punto sería el grupo de trabajo jurisdiccional creado por la entidad el que deberá emitir el informe motivado teniendo en cuenta los siguientes

ítems: supuestos de hecho de la norma, conducta desplegada por el demandado, adecuación entre el supuesto y la norma y consecuencia jurídica.

El traslado del informe deberá ser para el demandante y el demandado, no obstante, consideramos que es más técnico que sean las mismas partes quienes presenten los alegatos de conclusión sobre la investigación, teniendo un término de 5 días contados a partir del día siguiente a aquel en que se encuentre vencido el período probatorio, para presentarlo.

Fallo: el Superintendente Delegado tendrá 10 días para proferir el fallo definitivo. Vale la pena anotar que a pesar de que el Superintendente de Industria y Comercio no es superior jerárquico de Superintendente Delegado, deberá darse la transformación en el siguiente sentido: el Delegado para la Promoción de la Competencia será nombrado por el Superintendente de Industria y Comercio, quedando así éste como superior jerárquico. La finalidad es que el fallo pueda ser apelado por las partes, ante el Superintendente de Industria y Comercio.

Medidas cautelares: debe haber de dos tipos, sin oír a la parte contraria y dentro del proceso. Para las primeras debe darse aplicación a la Decisión 486 de 2000 en cuanto al término de presentación de la demanda, que debe ser de 10 días a partir de que se hayan practicado las mismas, con el objeto de no hacer más gravosa la situación del afectado. Aquí habrá lugar a que la Superintendencia de Industria y Comercio revise la medida si el demandante así lo considera necesario.

La segunda opción de las medidas cautelares, se tramitarán con la presentación de la demanda para que la entidad proceda a decretarlas o no. Igualmente el demandante podrá pedir su revisión en la contestación de la demanda, sino se decretan el demandante podrá recurrirlas más no apelarlas.

Garantías: el esquema actual y los elementos que establece la SIC son aplicables, en cuyo caso la entidad, como juez, deberá levantar un acta donde conste el compromiso

adquirido por el demandado. En caso de existir medidas cautelares están se levantarán y se consignará en el acta la advertencia que si se considera no cumplido el compromiso esta se decretarán nuevamente de oficio y sin oír a la parte contraria.

Diligencias preliminares: con base en la Ley 256 de 1996, es posible determinar de manera previa si la conducta es presuntamente violatoria de las normas de competencia desleal, lo cual consideramos es aplicable a la entidad, pero no debe seguirse bajo ese esquema, por cuanto habría una dilación del proceso.

Sería mejor una especie de prueba anticipada bajo la óptica del Código de Procedimiento Civil para que luego se aporte dicha prueba al proceso. Este trabajo sería realizado por el Grupo de Preliminares.

CONCLUSIONES

A. La Superintendencia de Industria y Comercio es una entidad administrativa, y con base en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, las decisiones que profiera la Superintendente de Industria y Comercio como máxima autoridad de la entidad, no son susceptibles de ser apeladas, si bien ello es cierto, se presenta una discusión entre aquel precepto y el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 que en su inciso tercero modificó el artículo 148 de la Ley 446 de 1998 en los siguientes términos: “ Los actos que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.”

Al analizarse las dos normas, la posición asumida por la Superintendencia de Industria y Comercio fue la de no dar aplicación al segundo precepto, en

razón de que el Superintendente de Industria y Comercio no tiene superior jerárquico. Sin embargo, olvida dicho organismo que ese argumento se encuentra dentro de las normas administrativas, y la segunda disposición se refiere a la facultad de tipo judicial. Por ello, la Corte Constitucional aclaró la segunda, a través de la Sentencia C-415 de 2000 en los siguientes términos:

“En el Caso concreto, la Corte observa que frente a la disposición acusada existen acercamientos hermenéuticos disímiles. La mayoría de los intervinientes y la demandante interpretan la norma, la expresión “ante las mismas” tiene como referencia a las superintendencias”.

“Como puede observarse las dos posiciones conducen a resultados incompatibles, pues las consecuencias jurídicas de tramitar un recurso de apelación frente a la misma superintendencia son radicalmente distintas a las que tendría hacerlo ante la autoridad judicial. Resulta necesario por tanto que efectuar un juicio de constitucionalidad sobre la norma acusada, la Corte determina cual es el sentido que tiene esa disposición, independientemente de si las dos interpretaciones tomadas separadamente se ajustan a la Carta”

“Esta corporación estima que la interpretación más acorde con un criterio sistemático, consiste en entender que la apelación de ciertos actos jurisdiccionales de las superintendencias, de los cuales habla la norma acusada, deben hacerse ante las autoridades judiciales.

En conclusión a juicio de la Corte, los fallos proferidos por el Superintendente de Industria y Comercio serán apelables ante las autoridades judiciales. A pesar de ello, y en nuestra opinión, esta remisión desconfigura el esquema de la entidad al remitir un fallo judicial a una autoridad administrativa a una autoridad judicial no especializada en estudios de promoción de la competencia. Por ello, sería más razonable transformar el organigrama de la entidad, otorgando al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de nombrar al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia a fin de que el grupo de trabajo jurisdiccional efectúe el informe motivado y sean el Superintendente Delegado quien profiera la decisión o el fallo, con base en ello, podrá darse la apelación al interior de la entidad, para que sea el Superintendente de Industria y Comercio como superior jerárquico, quien conozca del recurso de apelación que posiblemente se interponga, en aras de respetar los postulados constitucionales procesales.

B. Mediante el artículo 116 de la Constitución Nacional, planteó la posibilidad de dar excepcionalmente funciones judiciales a entidades administrativas. Con base en ello, se expide para el mismo años el Decreto 2651 de 1991 de 1991, que por primera vez da aplicación al precepto citado, facultando a la Superintendencia de Sociedades para resolver sobre las objeciones que se presenten los concordatos, para lo cual el Juez o Jueces que estén conociendo de las mismas, remitirán a dicha entidad.

En igual sentido, se profirió unos años la Ley 446 de 1998 para dar facultades para dar facultades judiciales a la Superintendencia de Industria y Comercio y otras entidades más.

El inciso tercero del artículo superior, en realidad es un precepto sui generis del legislador colombiano pues al hacer un estudio comparativo del tema encontramos que eventualmente se ven figuras como los árbitros o se otorgan de manera transitoria judiciales a particulares, así como a las autoridades indígenas, pero no se observa la figura de mezcla de funciones en la misma entidad, en razón del principio de separación de poderes y de la imposibilidad de injerencia entre una y otra rama del poder publico. Por ello, consideramos que la figura es una novedad en todo el sentido de la palabra, y genera cierto recelo en su aplicación por los efectos que produce, sino se

efectúa una diferenciación clara como en la actualidad se está tratando hacer con la Superintendencia de Industria y Comercio.

C. Estudiando los antecedentes en materia de competencia desleal, se observa que el tema siempre estuvo ligado a otros como marcas, patentes y en general a la propiedad industrial, siempre como un anexo o accesorio de los mismos.

Incluso en el año 1992, cuando se profiere el Decreto 2153, el tema no es tocado dentro de los preceptos constitutivos del mismo, por lo que se generan controversias la respecto. Sin embargo, en 1996 mediante la ley 256, el legislador regula la materia bajo el ámbito y competencia de los Jueces de la República. Ello genera aun mayor confusión, toda vez que al parecer el tema se había limitado a esas autoridades judiciales y no daba ninguna clase de funciones o normas sobre competencia desleal a la Superintendencia de Industria y Comercio, a pesar de ser éste un organismo especializado en Promoción de la Competencia, lo cual a simple vista parecería cobijar tanto la competencia desleal como prácticas comerciales restrictivas.

En conclusión, el proceso netamente judicial tuvo durante mas de 80 años muy poca evolución; solo hasta el momento en que se expide la Ley 446 de 1998, que otorga facultades jurisdiccionales y administrativas en competencia

desleal a la Superintendencia de Industria y Comercio se empieza a dar un mayor adelanto en esa campo. No obstante, el procedimiento que lleva la entidad para investigaciones judiciales es administrativo, lo cual genera aun mayores inconvenientes.

Por tanto, el adelanto de la Ley 256 de 1996 se ve opacado por el procedimiento que en la actualidad aplica la entidad en investigaciones judiciales por presuntas violaciones a normas de competencia desleal.

D. Al hacer el análisis del procedimiento que la Superintendencia de Industria y Comercio realiza, basada en las facultades jurisdiccionales, se ven dos momentos claros:

- ✓ Antes de la Sentencia 649 de 2001: con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía claramente definida las actuaciones a seguir en materia procesal, por lo cual acumulaba las dos acciones: administrativa y judicial, generando un proceso sui generis en el cual se aplicaban reglas de ambas ramas.
- ✓ Posterior a la Sentencia 649 de 2001: como consecuencia de la expedición y en razón de las falencias por el proceso que hasta ese entonces se tramitaba ante la entidad, la Corte Constitucional mediante la sentencia en mención,

trató de dar los parámetros pertinentes para que existiera una clara distinción entre una investigación administrativa y una judicial.

No obstante, a pesar de los altos razonamientos de la parte motiva, la Corte dejó entrever un vacío: no estableció el procedimiento que la Superintendencia de Industria y Comercio debe seguir cuando inicie una investigación en materia judicial. En consecuencia, la entidad hace clara y manifiesta la denuncia que debe escoger una de las dos vías, al igual que efectuó la creación de un grupo de trabajo jurisdiccional, a fin de evitar subjetividades y parcialidad, pero el procedimiento sigue siendo el mismo que antes aplicaba, el dado por el artículo 52 del decreto 2153 de 1992; es decir a una investigación judicial se le aplica un procedimiento administrativo. Algo que parece totalmente contradictorio, es necesario dar entonces un procedimiento para los procesos judiciales.