

## DESPLAZAMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

JUAN CARLOS ESPINAL LÓPEZ\*

Ante todo deseo agradecer al INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL quien a través de su Presidente, Maestro y Amigo Doctor JAIRO PARRA QUIJANO me han invitado a participar en el presente Congreso de Derecho Procesal como PANELISTA de la temática desarrollada con lujo de detalles por los Doctores RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ, ALFONSO GUARÍN ARIZA y GABRIEL AUGUSTO CEDIEL FRANCO.

Estos cortos minutos que me han asignado, trataré de destinarlos a efectuar una serie de reflexiones que nos permitan conocer cuál era el marco jurídico procedimental que regía en Colombia para los Procesos de Competencia Desleal y cuál el adoptado por la Ley 962 de 2005 y sus incidencias.

Antes de entrar en materia y compartiendo a plenitud el pensamiento de los Doctores ZOPÓ y GUARÍN, debemos señalar que uno de los fines esenciales del Estado es administrar justicia, para lo cual en nuestra propia Constitución Nacional se prevén los órganos encargados de **manera ordinaria y permanente** de cumplir con dicha función.

Una verdadera justicia entre otras características debe revestir que sea oportuna, igualitaria y especializada y es por ello que en el **Artículo 116 de la Carta Magna se previó que de manera excepcional la Ley podía atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.**

Dada la especialidad del tema y la alta congestión que vienen padeciendo de tiempo atrás nuestros despachos judiciales, el legislador previó que en

\* Abogado especialista en Derecho Procesal. Docente Universitario. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Cali. Miembro de la Academia Vallecaucana de Jurisprudencia. Conjuez Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Ponente en el XXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

materia de **Competencia Desleal una autoridad Administrativa**, como lo es la **Superintendencia de Industria y Comercio**, cumpliera en desarrollo del principio de **Unidad Funcional del Estado**, la función de dirimir los conflictos que se llegaren a presentar.

Si bien es cierto que la historia del tema que nos ocupa data de finales del siglo XIX y albores del siglo XX en especial con la Ley 31 de 1925 y la 59 de 1936, no lo es menos que con la expedición de la Ley 256 de 1996 se reestructuró completamente la materia tratando de dinamizarla, pues lo que había era letra muerta, debiéndose rescatar que de manera clara en esta Ley 256 de 1996 se estableció que era por intermedio del proceso Abreviado y ante los Jueces Civiles del Circuito, en ausencia de los de los especializados en materia mercantil creados por el Decreto 2273 de 1989, ante quiénes se debían de resolver los conflictos surgidos en relación con las conductas constitutivas de competencia desleal.

Posteriormente encontramos la Ley 446 de 1998 que en sus artículos 143 y 147 le concedió a la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal, las mismas atribuciones que ya tenía en relación con las prácticas restrictivas de la competencia.

Es de anotarse que esta atribución de funciones conferidas por la Ley 446 de 1998 se dan en desarrollo del mandato constitucional establecido en el artículo 116 de la Carta Política, convirtiendo a la Superintendencia de Industria y Comercio no obstante su carácter de autoridad administrativa, en una autoridad judicial especializada en la materia.

Desafortunadamente las facultades conferidas en el artículo 144 de dicha Ley no fueron lo suficientemente claras, en especial en lo referente al procedimiento a seguirse para dirimir los conflictos que surgieran frente a las conductas constitutivas de competencia desleal, pues esta norma lo que hizo fue remitir al procedimiento establecido para dirimir los casos surgidos sobre infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas y que estaba contenido en el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992.

Si observamos el procedimiento consagrado en el citado artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992, fácil es concluir que se trataba de un procedimiento administrativo que se debía de aplicar en la resolución de asuntos contenciosos relacionados con conductas constitutivas de competencia desleal.

Basta al respecto ver cómo el precitado artículo 52 de la norma en cita, establece que la actuación preliminar se iniciaría de oficio o por solicitud de un tercero a fin de establecer en principio si había lugar o no a aperturar una investigación formal.

Si lo había, se le notificaba personalmente al infractor o a su apoderado con el fin que solicitara o aportara pruebas. Además de las pruebas pedidas, se practicaban también las que el funcionario consideraba pertinentes y conducentes.

Una vez instruida la investigación, el Superintendente Delegado presentaba al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto a si se estructuraba o no la infracción. De dicho informe se le corría traslado al investigado o a su apoderado y se le concedía un plazo para que presentara sus observaciones o alegaciones, vencido el cual, el Superintendente tomaba la decisión final que correspondía, la que podía ser una sanción, o la determinación de inexistencia de la infracción, debiéndose anotar finalmente que en lo no previsto en la mencionada norma, se debía de recurrir a lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo.

En esta investigación administrativa, el Superintendente podía dar por terminada la investigación cuando el investigado ofrecía garantías para eliminar el elemento desleal que se estaba investigando y ofreciera restablecer la leal competencia en el mercado.

Por otro lado, la misma Ley 446 de 1998 en su artículo 147 estableció que tanto la Superintendencia como el Juez competente podían conocer a prevención de los asuntos sobre competencia desleal, agregándose en su artículo 148 que en el caso de la Superintendencia se debería observar el procedimiento señalado en el Código Contencioso Administrativo en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular, estableciéndose inicialmente que los actos que se produjeran no tendrían acción o recurso alguno ante las autoridades jurisdiccionales, lo que a su vez fue modificado por lo establecido en el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 que estipuló que en lo no previsto en dicho procedimiento, se aplicarían las disposiciones del proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil y que las decisiones de la Superintendencia mediante las cuales, ya sea se declaren incompetentes o resuelven el conflicto de fondo o fallo definitivo, serían apelables, en el sentir interpretativo de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 2002, ante las autoridades judiciales.

Como se puede apreciar la normatividad procedimental aplicable a más de dispersa era confusa, por lo que no en pocas oportunidades le correspondió a la Corte Constitucional mediante sentencias entre otras la C-649 de 2001, C-415 de 2002, T-200 de 2004, entrar a aclarar y definir aspectos tan importantes y trascendentales como:

El establecer que algunas etapas y potestades naturales a una investigación administrativa por prácticas restrictivas de competencia, no tienen cabida en un proceso judicial, como lo son el cierre del trámite en la etapa de investigación preliminar, la aceptación de garantía o la imposición de sanciones pecuniarias;

*Que a raíz que la facultad jurisdiccional otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal es ejercida a prevención de la competencia que en esta misma materia tienen los jueces de la República, ante estos el trámite que debe de seguirse es el del abreviado, tal y como lo dispone el artículo 24 de la Ley 256 de 1996;*

*Que el recurso de apelación procedé ante las autoridades judiciales contra el fallo definitivo y la providencia en que la Superintendencia se declara incompetente;*

*Que si bien el trámite a seguirse ante la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución de los conflictos de competencia desleal es el administrativo, por responder la facultad otorgada a una función jurisdiccional, en su desarrollo se deben respetar los principios naturales de las actuaciones judiciales.*

Concedores de la dificultad y confusión existente en cuanto al procedimiento a seguirse, la Superintendencia de Industria y Comercio propuso e impulsó ante el órgano natural de expedición de las Leyes una norma que unificara el procedimiento que debía imprimírsele a todos los procesos jurisdiccionales que por competencia desleal debía de conocer dicha autoridad y es así como tiene su nacimiento el artículo 49 de la Ley 962 de 2005, que modificó al artículo 144 de la Ley 446 de 1998.

#### **MARCO LEGAL ACTUAL**

La Ley 962 del 8 de julio de 2005 publicada y entrada a regir en la misma fecha, en su artículo 49 que modificó, tal como ya se expresó el mandato que estaba consagrado en el artículo 144 de la Ley 446 de 1998, dispuso que todos los procesos jurisdiccionales que se adelanten ante la

Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, se tramitarán por las voces del proceso abreviado establecido en el Código de Procedimiento Civil, por lo que se vino a establecer un procedimiento único para este tipo de controversias incluidas las pretensiones indemnizatorias que se deben tramitar dentro del mismo proceso.

A fin de dirimir cualquier inquietud en torno a la aplicación en el tiempo del mandato consagrado en el artículo 49 de la Ley 962 de 2005 con relación a los procesos ya iniciados al entrar en vigencia la misma, basta recordar lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que establece que las normas procesales son de aplicación inmediata, tal como la ha reiterado nuestra Corte Constitucional entre ellos en las Sentencias C-619 de 2001 y T-272 de 2005 en donde en síntesis ha expresado **que dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales seguirán rigiéndose por la ley antigua.**

Lo anterior significa a vía de ejemplo que si al entrar en vigencia la Ley 962 de 2005 dentro de un proceso de competencia desleal ya se había evacuado la etapa probatoria, todo lo actuado hasta allí conserva su validez y efectos, pero no se procede al informe del Superintendente Delegado que establecía el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sino que el paso o etapa procesal a seguirse es la de dar traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión por el término de cinco (5) días, conforme lo establece el proceso abreviado.

Igual acontece con aquellas demandas que con anterioridad al 8 de julio de 2005 se hubieren presentado y no hubiesen sido admitidas, donde la misma quedará sujeta al primer acto de control jurisdiccional y fruto de éste podrá ser admitida, inadmitida o rechazada y de ser admitida su término de traslado lo será el consagrado para los procesos abreviados.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el artículo 49 de la Ley 962 de 2005 trae un párrafo transitorio que prevé que en los procesos que se hubieren iniciado antes de la entrada en vigencia de dicha norma y en los cuales en las pretensiones se hubiere solicitado indemnización de perjuicios, una vez en firme la decisión de la Superintendencia respecto de las conductas de competencia desleal, el afectado contará con un plazo de quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios

correspondientes, lo que se resolverá por el trámite incidental contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

De las normas del anterior sistema procesal que conservaron su existencia y efectos encontramos los artículos 143 y 147 de la Ley 446 de 1998 que son los que le confieren a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades jurisdiccionales en materia de competencia desleal, a prevención de la facultad natural que tienen los jueces de la República.

En cuanto al precepto establecido en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001 que preveía la obligación de agotar una audiencia de conciliación de los intereses particulares que pudieran verse afectados y que se debía de producirse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicitara o aportara pruebas de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, es decir su práctica se daba una vez se estuviera tramitando la actuación, perdió toda su vigencia y no se ha de aplicar, pues ya su procedimiento no lo será el administrativo.

En cuanto al requisito de procedibilidad consagrado en los artículos 35, 36 y 38 de la Ley 640 de 2001 y que no era aplicable en vigencia del anterior sistema para los asuntos de competencia desleal, a raíz de la expedición de la Ley 962 de 2005 ha de agotarse por ser un asunto que debe tramitarse por las voces del proceso abreviado y ser el mismo de naturaleza conciliable.

Frente al anterior sistema que se aplicaba tenemos adicionalmente las siguientes ventajas:

- Debido a que el trámite se regía por las normas propias de la actuación administrativa, si la solicitud que se presentaba adolecía de cierta información, se le efectuaba un requerimiento al peticionario que debía de atender en el término de dos (2) meses consagrado en el artículo 13 del Código Contencioso Administrativo y si no la aportaba o suministraba, operaba el desistimiento tácito y se archivaba la actuación.

Hoy en día la solicitud la constituye una demanda que debe reunir los requisitos generales y anexos establecidos para todo tipo de demanda, de suerte que la misma puede ser objeto de admisión, inadmisión y rechazo conforme a las normas generales del procedimiento civil.

- Anteriormente no existía claridad en cuanto a la aplicación de normas propias de los actos procesales, entre ellos las posturas de defensa que se podía asumir frente al acto que ordenaba aperturar la investigación formal

cuando el mismo le era notificado al investigado o a su apoderado, llegándose a encontrar eventos en que la Superintendencia por considerar que no eran procedentes al no estar contenidos en el procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992, rechazaba las excepciones previas que se plantearan y las demandas de reconvención y citación de terceros que se formularan por los investigados.

Hoy en día son admisibles todas las posturas de defensa que pueda asumir el demandado y que de acuerdo con la naturaleza del asunto permita la reglamentación de los procesos abreviados.

- Anteriormente era improcedente las instituciones litisconsorciales, la coadyuvancia y la de terceros vinculados con la decisión final, lo que hoy en día no acontece.

- Por la naturaleza de la actuación, anteriormente era improcedente la reforma de la petición, lo que no acontece hoy en día donde la misma es procedente dentro de los términos y condiciones establecidos en el proceso abreviado.

- No existe hoy en día el informe motivado que debía de rendir el Superintendente Delegado una vez se practicaran las pruebas, pues una vez evacuadas las mismas y corrido el traslado para alegar de conclusión, se debe proceder a dictar la sentencia que resuelva el asunto.

Como punto final para los estudiosos e interesados de los asuntos procesales, queda el tema sobre los recursos que proceden durante el trámite de los procesos abreviados sobre competencia desleal, pues si bien es cierto no debe de existir duda sobre la procedencia del recurso de reposición por regla general para aquellos autos que en el transcurso del proceso dicte el Superintendente de Industria y Comercio, no es menos cierto que el de apelación revestirá discusión, pues por un lado se podría pensar que en desarrollo del principio constitucional de la doble instancia procede contra la sentencia y contra todos los autos que se profieran y que por su naturaleza así se permita, por otro lado estarían los partidarios de la tesis que el inciso tercero del Artículo 148 de la Ley 446 de 1998 continúa vigente y no fue modificado expresamente por la Ley 962 de 2005, por lo que dicho recurso solo procedería contra el auto mediante el cual el Superintendente se declaró incompetente y el acto que contiene el fallo definitivo.

*Gracias*

**JUAN CARLOS ESPINAL LÓPEZ**