

93 202

REPÚBLICA DE COLOMBIA



No. _____

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **32153** DE 2001
(28 SET. 2001)

Por la cual se impone una sanción
LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Según lo dispuesto en el artículo 144 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 31 de la ley 256 de 1996, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para adoptar medidas cautelares en los asuntos de competencia desleal.

Conforme con lo señalado en el número 2 del artículo 2 y los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones, imponer sanciones pecuniarias por la inobservancia de las instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, de hasta 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, para personas naturales y hasta 2000 para las empresas.

SEGUNDO: Mediante solicitud radicada bajo el número 00086410-1000 del 15 de noviembre de 2000, Alfonso Soria Mendoza, apoderado especial del Colegio La Esperanza Ltda., denunció ante esta Superintendencia al señor Jorge Irisarri Núñez, por la presunta comisión de actos constitutivos de competencia desleal. Conjuntamente solicitó a esta Superintendencia la adopción inmediata de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 256 de 1996.

TERCERO: Mediante resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2001, el Superintendente de Industria y Comercio procedió a adoptar unas medidas cautelares y como consecuencia de ello se ordenó lo siguiente:

Ordenar a Jorge Irisarri Núñez, suspender de manera inmediata la utilización del nombre La Nueva Esperanza para identificar el centro educativo que pretende poner en servicio, así como los uniformes y signos que identifican al Colegio La Esperanza. En desarrollo de esta orden, Jorge Irisarri Núñez no podrá realizar ningún tipo de publicidad, ni método de identificación de dicha institución educativa frente a terceros.

Ordenar al señor Jorge Irisarri Núñez, en el término de 1 mes contado a partir de la fecha de la notificación del presente acto administrativo, la publicación por tres veces, con un intervalo de 5 días, de un aviso en dos diarios de amplia circulación regional, en cuadernillo principal y con tamaño mínimo de un octavo de página con el siguiente texto: "de acuerdo a la orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio yo, Jorge Irisarri Núñez, informo que el Colegio La Esperanza, no se encuentra en proceso de liquidación o terminación de labores. El Colegio La Esperanza para el año escolar 2001 y siguientes continuará laborando y realizando sus actividades educativas en su tradicional sede, con el mismo profesorado y experiencia que siempre lo han caracterizado".

Lo anterior al encontrar demostrados los requisitos exigidos por la ley 256 de 1996 para decretar la medida cautelar sin oír a la parte contraria, esto es, la comprobación de la realización o inminencia de un acto de competencia desleal, un peligro inminente y un peligro grave. La resolución en comento ordenó además la

Por la cual se impone una sanción
constitución por parte del denunciante de una póliza por valor de cien millones de pesos, como caución
originada con ocasión de la adopción de las medidas cautelares.

CUARTO: Mediante radicación 00086410 – 20007, del día 11 de diciembre de 2000, el apoderado de la
sociedad denunciante aportó póliza de seguros en los términos exigidos por el artículo cuarto de la resolución
32616 de 2000, a fin de garantizar el pago de los perjuicios que con ocasión de la medida cautelar se puedan
causar al señor Jorge Irisarri Núñez.

QUINTO: En escrito radicado bajo el número 00086410 - 50004 el apoderado del denunciante informó a esta
Superintendencia lo siguiente:

"(...)

"Los términos para dar cumplimiento a la resolución se encuentran vencidos.

"En efecto, el plazo máximo para darle cumplimiento a la Resolución es de un mes, pero sujeto a las
siguientes condiciones: a) Haber efectuado dentro del término de un mes contado a partir de la notificación de
ese, Tres (3) publicaciones en dos periódicos de amplia circulación en Cartagena, b) Guardar un intervalo de
cinco (5) días entre cada publicación, lo que implica un término mínimo de once (11) días para cumplir las 3
publicaciones guardando los intervalos mencionados.

"En consecuencia, la fecha se encuentra ya vencido el plazo para darle cumplimiento a la resolución 032616
en los términos en ella previstos.

"6.- Hasta la fecha el señor Jorge Irisarri Núñez, no ha realizado la primera publicación ordenada en su
resolución, como lo constatará su Despacho.

"(...)

SEXTO: Mediante oficio radicado bajo el número 00086410 - 40019, del día 19 de junio de 2001, el
Superintendente de Industria y Comercio solicitó a Eduardo Saladen Vega, apoderado del denunciado,
explicar las razones por las cuales el señor Jorge Irisarri Núñez no ha dado cumplimiento a lo ordenado en
las resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de
marzo de 2001. En el oficio en comento se indicó que las explicaciones se solicitan para los fines previstos en
el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y con el objeto de evaluar la procedencia de una
posible sanción.

SEPTIMO: El doctor Eduardo Saladen Vega, apoderado del señor Jorge Irisarri Núñez, dio respuesta al oficio
de solicitud de explicaciones, mediante escrito radicado bajo el número 86410 - 50018, argumentando lo
siguiente:

"El señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ no ha incumplido las medidas cautelares ordenadas por la
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO mediante las resoluciones números 32616/2.000,
33129/2.000 y 07952 de 2.001.

"Como NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE, MUCHO MENOS A IMPOSIBLE JURÍDICOS, como
afirmar públicamente falsedades y desconocer la eficacia de actos administrativos especiales creadores de
situaciones particulares y concretas en beneficio de una comunidad educativa, dichas medidas no se
pueden incumplir.

"En memorial presentado por el suscrito ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, el
día 10 de mayo de 2.001 se solicitó en ejercicio del derecho de petición, al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA
PEÑALOSA, que informara sobre varios aspectos atinente al debido cumplimiento de dichas medidas
cautelares, precisamente para efectos de poder acatarlas, manifestando en nombre de mi representado mi

Por la cual se impone una sanción

absoluta disposición para su posible y efectivo cumplimiento, sin que hasta la fecha se haya dado una concreta, oportuna y adecuada respuesta. Me remito por consiguiente, a lo expresado en este completo y detallado memorial petitorio.

"Adicionalmente, para efectos de aportar nuevas pruebas sobre lo expresado en ese memorial, y sobre la imposibilidad de cumplimiento de dichas medidas, solicito con el mayor respeto, se ordene lo siguiente y se admitan las pruebas documentales que adjunto, así:

"Oficiar a la Rectoría y representación legal del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. en Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, para que expida un certificado en el cual se haga constar la siguiente aseveración *"Que el Colegio la Esperanza para el año escolar 2.001 y siguientes continuará laborando sus actividades educativas en su tradicional sede con el mismo profesorado y experiencia que siempre lo han caracterizado"*.

"Oficiar a la Rectoría y representación legal del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., en Cartagena de Indias - Departamento de Bolívar, para que expidan un certificado en el cual se hagan constar los nombres de los docentes que laboraron el año anterior en esta institución y los que actualmente laboran.

"Oficiar a la Rectoría y representación legal del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., en Cartagena de Indias - Departamento de Bolívar, para que expidan un certificado en el cual se haga constar el tiempo durante el cual el señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ ocupó la Rectoría de dicha plantel, y quien la ocupa actualmente,

"Oficiar a la Rectoría y Representación Legal del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., para que expida certificación en la cual se de constancia sobre la calidad de socio que tiene el señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ en la sociedad COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., y cual es su porcentaje accionario.

"DOCUMENTOS

"Aporto nuevamente la Resolución No. 252 de 5 de junio de 2.001 expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DE BOLÍVAR, por la cual se concede LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO A LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA denominada COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. (cinco (5) folios).

"Igualmente aporto los siguientes certificados:

- Certificado expedido por ANTONIO MÁRQUEZ VERBEL Y OTTO ABAD MOGOLLON RAMOS. SUPERVISORES DOCENTES MIEMBROS DE LA SECCIÓN DE LEGALIZACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE ESTUDIOS DEL AREA DE DESARROLLO EDUCATIVO DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DE LA GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, de fecha 8 de junio de 2001 (Dos (2) folios).
- Certificado expedido por GUSTAVO PADRÓN B. Secretario de Educación Ad-hoc- Gobernación de Bolívar, el 13 de junio de 2001 (Un (1) folio).

"Solicito se oficie a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, para que expidan copias debidamente autenticadas de los documentos relacionados anteriormente.

"De otra parte, y considerando que el oficio de la referencia no ofrece ilustración alguna sobre su fundamento y razón procedimental o procesal, es mi obligación, en ejercicio del DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN, consagrado en el artículo 23 de la C. P., solicitar al señor superintendente de Industria y Comercio me informe sobre los siguientes puntos que presento en forma de interrogantes, en aras de hacer prevalecer además de las premisas en las cuales se sustenta el derecho invocado, el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso a mi asistido.

- Por qué la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene como hecho cierto el "incumplimiento" de

Por la cual se impone una sanción

las medidas cautelares ordenadas al Sr. JORGE IRISARRI NÚÑEZ?

- Mediante qué procedimiento, trámite o incidente quedó establecido este llamado "incumplimiento"?
- ¿En qué auto o providencia se determinó esta circunstancia?
- En qué auto o providencia, y con fundamento en qué norma jurídica se ordenó preguntar al suscrito apoderado sobre las razones del denominado "incumplimiento"?
- ¿En qué auto o providencia, y con fundamento en qué norma jurídica se fijó el plazo máximo hasta el próximo 15 de junio para dar respuesta al oficio de la referencia?
- ¿Cuál es el procedimiento que se está siguiendo para proceder los eventuales efectos del aparecido "incumplimiento", y cuál es la precisa fundamentación jurídica para adelantar este procedimiento?
- ¿Cuáles son los parámetros para la eventual evaluación de la conducta de mi representado, señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ, y cuál es la fundamentación jurídica que se considera para proceder a esta evaluación?

OCTAVO: Mediante escrito radicado bajo el número 00086410 - 40023, del día 14 de agosto de 2001, el Superintendente de Industria y Comercio nuevamente solicitó a Eduardo Saladen Vega, apoderado del denunciado, explicar las razones por las cuales el señor Jorge Irisarri Núñez no ha dado cumplimiento a lo ordenado en las resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2001. En el oficio en comento se indicó que las explicaciones se solicitan para los fines previstos en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y con el objeto de evaluar la procedencia de una posible sanción.

NOVENO: El doctor Eduardo Saladen Vega, apoderado del señor Jorge Irisarri Núñez, dio respuesta al oficio de solicitud de explicaciones, mediante escrito radicado bajo el número 86410 - 50026 del día 24 de agosto de 2001, argumentando lo siguiente:

"Debo reiterar al Señor Superintendente, con el mayor respeto, que el señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ no ha incumplido las medidas cautelares ordenadas por SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO mediante las resoluciones números 32616/2.000, 32129/2.000 y 07952/2.001.

"Hemos venido comunicando al Señor superintendente que NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE, mucho menos al imposible jurídico consistente en afirmar públicamente falsedades.

"Sabemos que el señor superintendente no puede desconocer, ni violar este elemental postulado del derecho, constriñendo de manera obcecada a mi representado para que cometa un acto ilícito, con cargo a la Superintendencia. De igual forma, estamos absolutamente seguros, sustentados en el objetivo principio de buena fe, que el señor Superintendente no procederá, consecuentemente, a la medida absurda y ostensiblemente ilegal, de sancionar a mi poderdante por no publicar notas literales falsas, aunque se exprese que se hace por orden de la Superintendencia, porque es mi deber ético y jurídico, en desarrollo de la lealtad procesal como abogado, y en representación del señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ advertir al señor Superintendente, hacerle ver mediante la solicitud de pruebas directas que he venido presentando, que el aviso que se pretende publicar por intermedio de mi asistido, contiene un texto mentiroso, y nadie puede ser obligado a divulgar afirmaciones sobre circunstancias fácticas que no se ajustan a la realidad, con el contradictorio pretexto de tratarse de una orden de autoridad, cuando, al contrario, por esta razón es la misma Superintendencia quien debe velar, con suma diligencia y cuidado, para que tales publicaciones hagan honor a la verdad, en cumplimiento de los principios rectores de la función pública.

"No existe un solo antecedente, en la misma Superintendencia, o en el marco de la administración pública, donde se pueda reconocer la legalidad de una medida previa consistente en la orden de afirmar falsedades, dado que, además de no acompañar con la recta razón, la misma sería un sometimiento a una sanción degradante, con la coacción del servidor público que se afana, con insólita terquedad, en que se divulgue su imprudencia jurídica, para así cometer afrenta pública en contra de reconocidos derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. (art.29 C. P.)

Por la cual se impone una sanción

"Respetado Señor Superintendente, es un hecho real y cierto que el COLEGIO LA ESPERANZA no ha continuado en este año, ni continuará sus labores educativas, con el mismo profesorado del año anterior. Usted mismo puede constatarlo, Señor Superintendente, razón por la cual reitero en este escrito las solicitudes que he presentado en memoriales de fechas: 29 de junio de 2001 y 12 de julio de 2001, en el sentido de solicitar al Colegio La Esperanza que certifique los nombres de los docentes que laboraron en el año 2.000 y los que actualmente laboran. Esta sola certificación, la cual he pedido y pido en ejercicio del derecho de petición, en armonía con el derecho fundamental al debido proceso, desvirtuará por completo la viabilidad lícita de publicar el texto que se exige sin sustento. No obstante, para abundar sobre la demostración de este hecho verdadero, anexo al presente memorial, para que sea tenido como prueba, lo cual hago en ejercicio del derecho de petición, en armonía con el derecho al debido proceso, un documento suscrito por varios ex-profesores del COLEGIO LA ESPERANZA, en el cual certifican que actualmente no laboran en esa institución educativa, probándose ya que no cuenta ese Colegio con el mismo profesorado del año anterior.

"Respetado Señor Superintendente, persistir en este intento de hacer publicar avisos falsos, bajo la amenaza de una sanción sería tanto como si la Superintendencia, bajo condición punitiva, tratara de obligar a una empresa de telefonía celular a publicar que su competencia presta servicios en determinadas áreas geográficas, cuando no lo hace, porque no cuenta con la infraestructura necesaria; o hacer afirmar a una empresa productora de alimentos que competencia expende productos sin azúcar, cuando todos los alimentos que vende contienen azúcar; o que determinada empresa distribuye una línea de importados, sin que éste sea su objeto de explotación comercial; o que una empresa es nacional, cuando es extranjera; o que una empresa de servicios cuenta con calificados profesionales de la ingeniería, los mismos que laboraron en el período anual anterior, cuando éstos se encuentran vinculados en otras entidades; o que, como en este caso, que se afirme que en un colegio labora con los mismos docentes del año anterior, cuando no es así. Los errores no sean Señor superintendente, y los absurdos bien pueden corregirse o revocarse cuando causan o pretende causar contra toda nación legal agravios injustificados.

"De otra parte, como con insistencia lo hemos venido afirmando y haciendo conocer al Señor Superintendente, la legal y pública utilización del nombre COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA por parte del Señor JORGE IRISARRI NUNEZ y de la comunidad educativa del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, encuentra, tiene su amparo jurídico fundamental en los actos administrativos expedidos por autoridad especial competente: EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, especialmente en la Resolución 252 del 5 de junio del 2001, mediante la cual, la misma entidad territorial, con pleno conocimiento de las medidas cautelares impartidas con la Superintendencia de Industria y Comercio, y con posterioridad a su expedición, otorgó licencia de funcionamiento a la INSTITUCIÓN EDUCATIVA COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, mediante acto administrativo dotado de legalidad, validez y eficacia, creador de una situación particular y concreta, no sujeto a suspensiones e irrevocable, por tanto, en todos sus aspectos, sin el consentimiento expreso, libre, previo y escrito de sus beneficiarios (Comunidad Educativa del Colegio la Nueva Esperanza, incluyendo a su rector, Señor JORGE IRISARRI NUÑEZ); acto administrativo sobre el cual, además la misma Superintendencia de Industria y Comercio "... destaca que en ningún momento esta Superintendencia ha cuestionado la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar. ..."

"De acuerdo con lo expresado solicito, en ejercicio del derecho de petición, en armonía con el derecho fundamental al debido proceso, se admita como prueba la Resolución 252 de 5 de junio de 2001, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DE BOLÍVAR, por la cual se concede LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO a la INSTITUCIÓN EDUCATIVA COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, la cual contiene la autorización para así identificarse y usar dicho nombre. Copia de este acto han sido aportadas al proceso por el suscrito, en varias oportunidades, conjuntamente con otros documentos, adjuntos a los memoriales de fechas: 29 de junio de 2001 y 12 de julio de 2001, escrito, este último, en que se adjuntaron, igualmente, sendos certificados expedidos por funcionarios de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, los cuales también pido, bajo la misma premisa anterior,

Por la cual se impone una sanción se admitan como prueba del respaldo jurídico para la utilización pública del nombre COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA por mi representado y por toda la comunidad educativa.

"Adicionalmente, respetado Doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, Superintendente de Industria y Comercio, en escrito fechado el día 15 de agosto de 2001, el suscrito abogado pregunta a usted directamente como jefe de la Superintendencia, en ejercicio del derecho de petición, y dado que tiene relación con la carencia de viabilidad de las precitadas medidas cautelares: "... por qué no ha contestado usted el derecho de petición que le fue directamente remitido por el suscrito apoderado del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, en escrito de fecha 10 de mayo de 2001, de conformidad y en armonía con lo dispuesto en la sentencia de tutela de la referencia (SENTENCIA DE TUTELA DEL HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR DE 25 DE JULIO DE 2.001) decisión judicial que no fue impugnada por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO?"

"En esta oportunidad, señor Superintendente, debo preguntar a usted, además, en ejercicio del derecho de petición ¿Por qué el Señor superintendente, se limita simplemente a pedir explicaciones sobre incumplimiento de las medidas cautelares, lo cual se da por hecho, sin acto formal que así lo declaro, requiriendo respuesta en precisos términos, y, sin embargo, no responde usted, Señor Superintendente, como funcionario especial y competente, y como servidor público que profirió dichas medidas cautelares, las peticiones, aclaraciones y observaciones hechas al respecto, en forma especial las contenidas en memoriales del suscrito abogado de fechas: 29 de junio de 2.001 y 12 de julio del presente año?"

"¿Por qué Usted como funcionario público pide explicaciones al suscrito abogado, apoderado del señor JORGE IRISARRI NUÑEZ, y al dárselas, no se ocupa en examinarlas, estudiarlas, contestarlas directamente?"

DECIMO: Habiéndose surtido las actuaciones descritas en los acápites precedentes, este Despacho resolverá el asunto:

10.1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

10.1.1 Ordenar medidas cautelares

Conforme con los artículos 143, 144 y 147 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce función jurisdiccional respecto de las conductas de competencia desleal, para lo cual tendrá las mismas facultades legalmente otorgadas para promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes. A su vez, el artículo 31 de la ley 256 de 1996 establece la posibilidad de ordenar la cesación provisional del presunto acto de competencia desleal y decretar las demás medidas cautelares pertinentes. Las órdenes dictadas al adoptar una medida cautelar son de obligatorio cumplimiento.

10.1.2 Sancionar la inobservancia de sus instrucciones

Conforme con lo señalado en el número 2 del artículo 2¹ y los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones, imponer sanciones pecuniarias por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de las funciones imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, de hasta 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, para personas naturales y hasta 2000 para las empresas.

¹ Número 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992: "La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 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."

Por la cual se impone una sanción

Siguiendo las normas de interpretación,² se entiende por inobservancia de una instrucción la falta de cumplimiento exacto y puntual de un conjunto de reglas o advertencias para algún fin.³ En este entendido, las órdenes dictadas en virtud de la adopción de una medida cautelar constituyen una instrucción de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones.⁴ Tal y como se verá mas adelante el señor Jorge Irisarri Núñez no ha dado estricto cumplimiento a lo ordenado por este Despacho mediante resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2000.

10.1.3 Procedimiento para imponer sanciones por la inobservancia de instrucciones.

El trámite adelantado por esta Superintendencia para la imposición de sanciones, en ausencia de un trámite especial, será el general del C.C.A. (artículo 28 en concordancia con los artículos 14, 34 y 35). Acudiendo a estas normas se tiene que el procedimiento a seguir es un procedimiento breve y sumario: luego de solicitadas las explicaciones por la presunta infracción de las instrucciones impartidas por la Superintendencia, se concede un término razonable para que el investigado presente las mismas⁵, las cuales son evaluadas por la autoridad administrativa, quien decide si impone o no la respectiva sanción, decisión que será motivada al menos en forma sumaria⁶.

Con este procedimiento claramente se observa el apego al debido proceso por parte de la administración⁷.

10.2 Inobservancia por parte de Jorge Irisarri Núñez

10.2.1 Suspender la utilización del nombre La Nueva Esperanza.

Para esta Superintendencia es un hecho cierto el incumplimiento de las medidas cautelares impuestas. Las pruebas documentales que obran en el expediente demuestran que Jorge Irisarri Núñez no ha dado efectivo cumplimiento a lo ordenado en el artículo 2 de la resolución 032616 de 2000.⁸ De acuerdo con lo ordenado por esta Superintendencia, Jorge Irisarri Núñez debía cesar toda la publicidad mediante la cual haga uso del nombre de La Nueva Esperanza. Al respecto, vale la pena anotar que el denunciado a través de su apoderado, el doctor Eduardo Saladen Vega, no demostró de manera alguna la forma como se ha venido dando cumplimiento a lo ordenado en las resoluciones en mención, cuando se le dio la oportunidad para ello, esto es durante la solicitud de explicaciones realizada por este Despacho con fecha del día 19 de junio de 2001⁹. Adicionalmente, se sigue utilizando el nombre "La Nueva Esperanza", por parte del obligado en la página de internet¹⁰ que lleva el mismo nombre¹¹. Ese anuncio, tiene las características de una propaganda

² Artículo 28 del Código Civil.

³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Páginas 1170, 1175 y 1462.

⁴ La Superintendencia de Industria y Comercio puede dictar varias forma de instrucciones. Al respecto, puede consultarse, a modo de ejemplo, la resolución número 5110 de 1999. (Gillette de Colombia S.A.).

⁵ En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2000, expediente No 99-0799, caso Gillette de Colombia S.A.

⁷ Ibidem.

⁸ Artículo segundo de la resolución número 032616 de 2000: "Ordenar a Jorge Irisarri Núñez. suspender de manera inmediata la utilización del nombre "La Nueva Esperanza" para identificar el centro educativo que pretende poner en servicio, así como los uniformes y signos que identifican al Colegio La Esperanza. En desarrollo de ésta orden, Jorge Irisarri Núñez no podrá realizar ningún tipo de publicidad, ni método de identificación de dicha institución educativa frente a tercero."

⁹ Radicación No 00086410 - 40019.

¹⁰ www.lanuevaesperanza.com

¹¹ Ley 527 de 1999, artículo 2 Definiciones. "Para lo efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el teles o el telefax; (...)"

*Ley 527 de 1999, artículo 5 Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos".

Por la cual se impone una sanción comercial, que tiene como fin promover e inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un servicio, con indicación de sus calidades, características o usos, a través de un medio electrónico de divulgación,¹² lo que se encuentra en contravía de la orden impartida por este Despacho.

Ahora bien, expresa el apoderado del denunciado que "De otra parte, como con insistencia lo hemos venido afirmando y haciendo conocer al Señor Superintendente, la legal y pública utilización del nombre COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA por parte del Señor JORGE IRISARRI NÚÑEZ y de la comunidad educativa del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, encuentra, tiene su amparo jurídico fundamental en los actos administrativos expedidos por autoridad especial competente: EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL".

Al respecto, este Despacho considera que el tema propuesto ya fue tratado por esta Superintendencia en diferentes oportunidades¹³, en las cuales se le expresó claramente al denunciado, las circunstancias por las cuales esta Superintendencia había adoptado la medida cautelar estudiada y, consecuencia de ello la obligatoriedad de la misma, razón por la cual no considera necesario pronunciarse nuevamente acerca del mismo.

10.2.2 Publicación del aviso.

De igual manera, no existe prueba documental en el expediente que demuestre que Jorge Irisarri Núñez ha dado efectivo cumplimiento a lo ordenado en el artículo tercero de la resolución 032616 de 2000.¹⁴ No se allegó al expediente la publicación ordenada mediante la resolución de la referencia.

***Ley 527 de 1999, artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.** "Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, sección tercera, Libro segundo del Código de Procedimiento Civil.

"En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho de que trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original".

¹² Literal d, artículo 1 del decreto 3466 de 1982.

¹³ En resolución 07952 del 5 de marzo, este Despacho expresó lo siguiente: "Por otro lado el hecho de que la Secretaría de educación de Bolívar hubiese autorizado al señor Jorge Irisarri Núñez, la utilización del nombre "La Nueva Esperanza" para identificar la institución educativa que fundó, no quiere decir que el nombre adoptado en si mismo no sea apto para generar confusión acerca de la procedencia de la misma, o que con el se puedan eventualmente, realizar actos de competencia desleal. "Ahora bien, debemos recordar que el derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio.¹³ De igual manera el titular de un nombre comercial podrá impedir a cualquier tercero usar en el comercio un signo distintivo idéntico o similar, cuando ello pudiere causar confusión o un riesgo de asociación con la empresa del titular o con sus productos o servicios.

"Con lo anterior se destaca, que en ningún momento esta Superintendencia ha cuestionado la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar. Lo anterior teniendo en cuenta, además, y como se observó en el punto primero, la Superintendencia actúa en uso de sus facultades legales, facultades que en materia de competencia desleal no le están atribuidas a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar".

Y se continua expresando que "En este sentido, la Superintendencia estima que la utilización de un nombre comercial es libre siempre y cuando, no vulnere derechos de otros agentes del mercado; en esta medida, el registro en la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar del nombre "La nueva Esperanza", no otorga ningún derecho de uso o explotación del mismo que pueda ser utilizado como fundamento para alegar un uso exclusivo del mismo. Efectivamente, la ley 115 de 1993 en sus artículos 151 y 152, establece que las Secretarías Municipales cumplirán las funciones necesarias para dar cumplimiento a las competencias atribuidas por ella misma y la Ley 60 de 1993, que a su vez en su artículo 2, señala las funciones de los entes municipales en cuanto a la educación se refiere, dejando a estos la inspección vigilancia, supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales".

¹⁴ **Artículo tercero de la resolución número 032616 de 2000, adicionado por el artículo 1 de la resolución 33129 de 2000:** "Ordenar a Jorge Irisarri Núñez, en el término de 1 mes contado a partir de la fecha de la notificación del presente acto administrativo, la publicación por tres veces, con un intervalo de 5 días, de un aviso en dos diarios de amplia circulación regional, en cuadernillo principal y con tamaño mínimo de un octavo de página con el siguiente texto: De acuerdo a la orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio yo, Jorge Irisarri Núñez, informo que el Colegio La Esperanza, no se encuentra en proceso de liquidación o terminación de labores. El Colegio La Esperanza para el año escolar 2001 y siguientes continuará laborando y realizando sus actividades educativas en su tradicional sede, con el mismo profesorado y experiencia que siempre lo han caracterizado."

210
51 197

Por la cual se impone una sanción

Bajo el anterior entendido, puede concluirse que Jorge Irisarri Núñez no ha observado la instrucción de la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de tomar una decisión, en garantía del derecho de defensa y del debido proceso, resulta necesario estudiar las explicaciones brindadas por la sociedad investigada. Veamos:

10.3 Explicaciones de Jorge Irisarri Núñez

10.3.1 Sobre la imposibilidad de cumplimiento y la improcedencia de la pruebas solicitadas.

El obligado fundamenta la imposibilidad para cumplir con la cautela impuesta, en el hecho de no poder mediante un aviso público expresar hechos que no son ciertos o que no le constan. Por otro lado, según el apoderado del señor Irisarri, la Superintendencia no tiene competencia para prohibirle el uso del nombre que ha sido registrado ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar.

Para sustentar su posición, solicita la práctica de algunas pruebas, específicamente la solicitud de certificaciones.

Al respecto, en repetidas ocasiones esta Entidad ha explicado al obligado que la medida cautelar pretende contrarrestar los efectos que el hecho denunciado pudiera acarrear. Esto es, si la conducta se refiere a la utilización de un signo distintivo marcario, probablemente se ordenaría su retiro del(os) producto(s) sobre los que el denunciado lo estuviere utilizando, o si, como en este caso, la conducta presumiblemente desleal fuere la publicación de un aviso con afirmaciones que el denunciante estima desleales, se debe ordenar una publicación de iguales características de la denunciada, en donde, con su contenido se pueda contrarrestar los efectos que haya causado la primera.

Lo anterior, por cuanto solamente cada caso concreto da la pauta para poder establecer cuál es la cautela pertinente.

En este orden de ideas, se estimó necesario, además, requerir al denunciado para que dejara de utilizar el nombre del establecimiento estudiantil "La Nueva Esperanza" del cual es propietario, mientras se desarrolla la respectiva investigación.

En cuanto a las pruebas solicitadas, el despacho estima que no son procedentes, por cuanto la medida cautelar no estuvo condicionada a ninguna diligencia adicional. Simplemente, la medida consistió en publicar un aviso, cuyo texto le fue suministrado por la Superintendencia de Industria y Comercio y abstenerse de utilizar un nombre comercial. Repetimos, cualquier daño que se llegará a causar en caso de no proceder las pretensiones de la denuncia, estarían cubiertas por la póliza que para tal fin se ha constituido.

Adicionalmente, la veracidad o no de la publicación objeto de la publicación no solamente hace parte del trámite de imposición de medida cautelar, sino que también tiene relación con la investigación, en la medida que es justamente el contenido del aviso publicado por el hoy obligado el fundamento de la denuncia. De ahí que estas pruebas deban ser objeto de debate en la respectiva etapa de investigación.

Teniendo en cuenta los anteriores motivos, esta Entidad considera que el señor Jorge Irisarri Núñez ha inobservado injustificadamente las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2001, al no haber suspendido de manera inmediata la utilización del nombre "La Nueva Esperanza", para identificar su institución educativa y al no haber realizado dentro del término establecido, la publicación que este Despacho le ordenó.

Adicionalmente, el incumplimiento reiterado de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, por parte del señor Jorge Irisarri, constituye un grave antecedente, lo que amerita una sanción ejemplar por el incumplimiento de las instrucciones que se imparten en desarrollo dicha normatividad.

Por la cual se impone una sanción

En merito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Declarar incumplida la orden administrativa de medidas cautelares impuestas por este Despacho al señor Jorge Irisarri Núñez mediante resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2001.

ARTÍCULO SEGUNDO: Consecuencia de lo anterior, imponer una sanción pecuniaria a Jorge Irisarri Núñez, por la suma de quince millones de pesos (\$15'000.000) por las circunstancias descritas en la parte motiva de la presente providencia.

PARÁGRAFO PRIMERO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9, código rentístico número 50005-03 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Caja Agraria cuenta N° 070020010-8 a nombre de "Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes" y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta resolución.

PARÁGRAFO SEGUNDO: La sanción establecida en el presente artículo, se impone sin perjuicio de la obligación y deber de cumplimiento de las medidas cautelares impuestas al señor Jorge Irisarri Núñez, mediante resoluciones 32616 del 1 de diciembre de 2000, 33129 del 20 de diciembre de 2000 y 7592 del 5 de marzo de 2001.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Eduardo Saladen Vega, apoderado especial del señor Jorge Irisarri Núñez y al doctor Alfonso Soria Mendoza, apoderado especial del Colegio La Esperanza Ltda., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante la Superintendencia de Industria y Comercio en la notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **28 SET. 2001**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E),


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Por la cual se impone una sanción

Notificación Personal:

Doctor:

EDUARDO SALADEN VEGA

C.C. 9.066.403 de Cartagena

Apoderado

JORGE IRISARRI NÚÑEZ

Edificio Gádem, Calle de la Universidad No. 315

Cartagena - Bolívar

DC 3946

Doctor

ALFONSO SORIA MENDOZA

C.C. 79.318.961 de Bogotá

Apoderado

COLEGIO LA ESPERANZA LTDA

Calle 82 No. 9 - 22, Oficina 404

Ciudad

2018

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIA GENERAL

10 OCT 2007

De la presente providencia a Alfonso Soria Miranda notifique personalmente el contenido

Identificado con la C.C. No. 79318961

Entregándole copia de la misma e informándole que

Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

X *[Handwritten Signature]*

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC

CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisorio No. 3946

Dirigido a la alcaldía municipal de Cartagena

El día _____
Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo.