



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 07561 DE 2002
(- 4 MAR. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, en especial las que se le confirieron en los artículos 4, número 24 del decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado en esta Entidad el 3 de enero de 2002 bajo el número 99024459 - 0005001, el doctor Jaime Humberto Tobar Ordóñez obrando en calidad de apoderado especial de American Friction Lube Ltda., presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en la resolución número 41056 de 2001, mediante la cual esta Superintendencia decidió una investigación por competencia desleal e impuso una multa. El recurrente pretende que se revoque íntegramente dicha decisión y en su lugar se declare que la sociedad American Friction Lube Ltda. no incurrió en ningún acto desleal y que declare que la sociedad Motorkote de Colombia Ltda. infringió los artículos 11, 12 y 17 de la ley 256 de 1996. Subsidiariamente solicita que este Despacho se abstenga de imponer sanción pecuniaria o se reduzca sustancialmente la impuesta a la sociedad American Friction Lube Ltda. por resultar inaplicable según el recurrente, tratándose de un asunto de carácter eminentemente jurisdiccional, en los términos expresados por la Corte Constitucional en su sentencia C-649 de 2001 y a su juicio excesiva por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos para lo cual se fundamenta de la siguiente manera:

"(...)

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

El recurso de reposición es procedente, en virtud de lo establecido en el artículo séptimo de la Resolución 41056 del 6 de diciembre de 2001, que por este escrito se impugna, cuando se indica que contra la resolución procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco días siguientes.

El recurso de apelación es procedente, en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la ley 510 de 1999 que modificó el artículo 148 de la ley 446 de 1996 y que en su parte pertinente establece que:

"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". Lo subrayado y resaltado fuera de texto.

FINALIDAD DEL RECURSO:

Con el recurso interpuesto, pretendo que la señora Superintendente de Industria y Comercio REVOQUE

Por la cual se resuelve un recurso

INTEGRAMENTE la decisión adoptada mediante la Resolución 41056 del 6 de diciembre de 2001 y en su lugar, declare que la sociedad American Friction Lube Limitada no incurrió en ningún acto desleal y que declare que la sociedad Motorkote de Colombia Limitada infringió los artículos 11, 12 y 17 de la ley 256 de 1996.

Subsidiariamente, solicito a la Señora Superintendente de Industria y Comercio que se abstenga de imponer sanción pecuniaria o se reduzca sustancialmente la impuesta a mi poderdante, por resultar inaplicable tratándose de un asunto de carácter eminentemente jurisdiccional, en los términos expresados por la H. Corte Constitucional en su sentencia C-649 de 2001¹ y en todo caso, excesiva por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

FUNDAMENTO DEL RECURSO:

I. LOS ACTOS IMPUTADOS A AMERICAN FRICTION LUBE

1.- La Superintendencia en la Resolución 41056 del 6 de diciembre de 2001, que se impugna, declaró que mi poderdante incurrió en el acto desleal de confusión, y que tal conducta se tipificaba (pág. 26 a 30 de la resolución impugnada) por las supuestas siguientes razones, que pasamos a desvirtuar en el mismo orden de su formulación:

- a) *Dice la Superintendencia que "Motorkote Inc., sociedad con domicilio en los Estados Unidos, ha venido colocando en el mercado colombiano un producto antifricción para motores y metales en general, el cual ha identificado como Motorkote 100"*

La sociedad Motorkote Inc., a través de su distribuidor exclusivo American Friction Lube distribuyó el producto Motorkote 100. Así las cosas, Motorkote Inc., no ha colocado directamente en el mercado colombiano el producto, como equivocadamente lo menciona la resolución.

- b) *Dice la Superintendencia que "La sociedad extranjera Motorkote Inc. ha distribuido en Colombia el producto aquí conocido como "Motorkote 100" a través de diversas sociedades, quienes han sido designados consecutivamente como distribuidores exclusivos desde 1994".*

Debemos advertir a la Superintendencia que el producto se ha distribuido desde el año de 1994 hasta el año de 1998 por mi poderdante American Friction Lube; a partir de esa fecha la sociedad MOTORKOTE DE COLOMBIA, sociedad ésta constituida por los mismos socios de Plus Representaciones, rompió unilateralmente el contrato de distribución para Colombia con American Friction Lube y firmó contrato con el suplidor de mi cliente Motorkote Inc. quien también rompió o pretendió romper para esa fecha unilateralmente el contrato con American Friction Lube, para hacer entonces una sociedad entre los dos, Motorkote Inc. como suplidor y Plus Representaciones (Motorkote de Colombia) como distribuidor. Plus Representaciones sabía de antemano el contrato vigente entre Motorkote Inc. y mi poderdante American Friction Lube, razón por la cual se denunció a Motorkote de Colombia por la conducta desleal de inducción a ruptura contractual.

- c) *Dice la Superintendencia que "Motorkote Inc. suscribió con American Friction Lube Ltda. un contrato según el cual, esta sociedad como distribuidor exclusivo para Colombia, importaría en exclusiva el producto motivo del contrato para la distribución comercial de "Motorkote 100". Según American Friction Lube Ltda. dicho acuerdo deviene del año 1994, sin embargo no obra en el expediente copia del contrato que respalde tal afirmación. Obra si, copia de un documento por el cual se dice acordar ante American*

¹ *sentencia C-649 de 2001 proferida el 20 de junio de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre L., aque decidió acerca de la constitucionalidad de las facultades otorgadas por la ley 446 de 1999 a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal.*

Por la cual se resuelve un recurso

Friction Lube Ltda y Plus Representaciones Ltda. un contrato de distribución, en el cual se dice de American Friction Lube Ltda., es "importador en exclusiva para Colombia del producto 'Motorkote 100". El contrato en cuestión no se ajusta a las exigencias de ley para estimarse la fecha que allí aparece, 8 de octubre de 1996 como cierta pero obran varias copias de Bill of Lading de los años 1995, 1996 y 1997, en los cuales aparece Motorkote Inc. remitiendo para American Friction Lube Ltda., aceite lubricante "Motorkote 100"

Sea lo primero advertir, la contradicción en que incurre la Superintendencia, pues en la segunda indicación sobre la conducta tipificada, aduce que desde 1994 la sociedad extranjera Motorkote Inc. ha venido distribuyendo en Colombia el producto conocido como "Motorkote 100" y en este literal, no encuentra en el expediente copia del contrato que respalda tal afirmación. En el literal siguiente, menciona la Superintendencia que "estando vigente el acuerdo contractual en exclusiva con Motorkote Inc...". Cabe preguntarse entonces, que documento tuvo en cuenta la Superintendencia para expresar que el producto Motorkote 100 se viene distribuyendo desde 1994 a través de diversas sociedades o a cual acuerdo contractual con Motorkote Inc. se referían esas apreciaciones? .

Efectivamente, porque reposa en el expediente el contrato celebrado entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Limitada, la distribución del producto Motorkote 100 viene siendo comercializado en Colombia desde 1994, en primer término. por la sociedad American Friction Lube, luego por Plus Representaciones y ahora por la sociedad Motorkote de Colombia Limitada.

d) Dice la Superintendencia que "En julio 13 de 1998, estando vigente el acuerdo contractual en exclusiva con Motorkote Inc., American Friction Lube Ltda. ordena directamente un pedido al antiguo maquilador de Motorkote Inc., Muscle Products Corporation, del producto descrito como MT-10".

Desconocemos las razones por las cuales la Superintendencia tipifica como ilegal la conducta anterior, máxime cuando las cláusulas de exclusividad se encuentran prohibidas al tenor de lo establecido en el artículo 19 de la ley 256 de 1996, cuando estas cláusulas tienen por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

Pero en gracia de discusión sobre la validez de la cláusula de exclusividad, el único legitimado para advertir un incumplimiento de la misma es la autoridad jurisdiccional competente para pronunciarse sobre un incumplimiento de alguna o algunas cláusulas contractuales.

e) Dice la Superintendencia que "Transcurrido algo más de un mes de lo anterior, el 21 de agosto de 1998, American Friction Lube Ltda. suscribe con el antiguo maquilador de Motorkote Inc. Muscle Products Corporation, un contrato para la distribución del producto "Superkote 2000". Dicho producto corresponde al antiguo producto denominado MT -10 fabricado por Muscle para Motorkote Inc. en el pasado.

Absolutamente cierto lo manifestado por la Superintendencia. Mi poderdante, en ejercicio de su libertad y autonomía contractual, suscribió con la sociedad Muscle Products Corporation, un contrato para la distribución del producto "Superkote 2000", que corresponde al antiguo producto denominado MT -10. Pregunto al Despacho, qué tiene de ilegal lo anterior?

Mi poderdante fue distribuidor al mismo tiempo de los productos Motorkote 100 y Superkote 2000; del producto Motorkote desde 1994 y del producto Superkote 2000 desde 1998. Al mismo tiempo, de los dos productos en el año de 1998. Terminado el contrato con Motorkote Inc. no por la decisión UNILATERAL que se pretendió, sino por acuerdo conciliatorio que se logró entre las partes, en la Corte de Distrito del Estado de Michigan, luego de que mi poderdante formulara acción por el incumplimiento contractual de Motorkote Inc.

f) Dice la Superintendencia que "El 15 de octubre de 1998, aduciendo incumplimiento del contrato por parte de American Friction Lube Ltda., Motorkote Inc. declaró terminado el contrato de distribución suscrito

Por la cual se resuelve un recurso

con aquella".

Desconocemos si la Superintendencia de Industria y Comercio le da valides o no a una terminación unilateral, es decir, la terminación por una de las partes, a un contrato bilateral. En nuestro sentir, la Superintendencia de Industria y Comercio parte del supuesto equivocado, sobre la terminación del contrato suscrito entre Motorkote Inc. y mi poderdante, el día 15 de octubre de 1998, cuando en realidad, el contrato tenía previsto un término de vigencia hasta el día 1° de agosto de 2000.

Ahora bien, no desconocemos que la sociedad Motorkote pretendió unilateralmente terminar el contrato en la fecha indicada (15 de octubre de 1998) alegando un supuesto incumplimiento; pero dicha terminación para mi poderdante, en los términos legales, no tiene ninguna valides.

Como lo hemos reiterado hasta la saciedad, mi poderdante American Friction Lube tuvo un contrato de distribución con la sociedad Motorkote Inc. del producto Motorkote 100 que tenía vigencia hasta el día 1° de agosto del año 2000.

En forma unilateral no es posible legalmente terminar una relación contractual, como lo pretendió hacer la sociedad Motorkote Inc. Esto dio lugar al proceso judicial, que por competencia se adelantó en Estados Unidos, Corte Dijkstra del Estado de Michigan, proceso que terminó con un acuerdo conciliatorio entre las partes Motorkote Inc. y mi poderdante, American Friction Lube. Insistimos, solo a partir de ese acuerdo conciliatorio se aceptó la terminación de la distribución del producto Motorkote 100, no antes.

En cuanto a la prueba, aparece mas que demostrado en el expediente la vigencia del contrato suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube, hasta el 1° de agosto del año 2000. Por el contrario, no existe prueba de una terminación anticipada de dicho contrato.

g) Dice la Superintendencia que "Simultáneamente a la ruptura de su relación con American Friction Lube Ltda., Motorkote Inc. suscribe un nuevo contrato para continuar con la comercialización y distribución de su producto "Motorkote 100", con la sociedad Plus Representaciones Ltda. el 15 de octubre de 1998".

Cierto. La sociedad Motorkote Inc., **inducida** por el representante legal de la sociedad Plus Representaciones Limitada, señor Juan Carlos Zorrilla, actual representante legal de Motorkote de Colombia Limitada pretendió terminar unilateralmente el contrato con mi poderdante American Friction Lube y paso seguido, como era de esperarse, suscribir un contrato con la sociedad Plus Representaciones Limitada. Es por esta razón por la cual se formula la acción de competencia desleal contra la sociedad Motorkote de Colombia Limitada, por la inducción a ruptura contractual.

h) Dice la Superintendencia que "El 4 de octubre de 1998, Plus Representaciones Limitada cede a Motorkote de Colombia Limitada el contrato de distribución exclusiva del producto "Motorkote 100" suscrito con Motorkote Inc."

Cierto. Lo que pretendió el señor Zorrilla, representante de ambas compañías, esto de Plus Representaciones Limitada y de Motorkote de Colombia Limitada era acabar la relación comercial que existía entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Limitada, para quedarse finalmente con la distribución del producto Motorkote 100, como efectivamente ocurrió. Ello por supuesto, constituye una conducta desleal, pues tenía pleno conocimiento del contrato suscrito entre American Friction Lube y Motorkote Inc., pues fue distribuidor de American Friction Lube Limitada.

i) Dice la Superintendencia que "American Friction Lube Limitada emprende una estrategia publicitaria para crear confusión en cuanto a la actividad, dirigida a hacer creer al público que continuaba distribuyendo el producto de Motorkote Inc., pese a que para entonces su relación comercial había terminado. American Friction Lube Ltda. participa en el evento conocido como Feria del Automóvil, en cuyo "stand" coloca un aviso según el cual "Motorkote 100" le invita al lanzamiento de su nueva fórmula Superkote 2000 y ordena la inserción de una serie de avisos publicitarios en periódicos de circulación

Por la cual se resuelve un recurso

nacional". Lo resaltado y subrayado es nuestro.

La premisa que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para declarar a mi poderdante como infractor de los artículos 10 y 15 de la ley 256 de 1996 es la de la terminación unilateral del contrato por parte de Motorkote Inc., **terminación que mi poderdante NO ACEPTO**, y que el contrato no preveía, pues consideró que no había incumplido ninguna cláusula contractual y que por el contrario, de existir incumplimiento, este era de la sociedad Motorkote Inc.

Es claro que los contratos, en virtud de la estipulación contenida en el artículo 1602 del C. Civil, es una ley para los contratantes, Y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En el caso que nos ocupa, no existía una forma de terminación anticipada como la pretendida por Motorkote Inc., ni tampoco el consentimiento mutuo para dar por terminado anticipadamente el contrato. Por este motivo y salvo decisión judicial en contrario, para la época de los hechos materia de investigación por parte de la Superintendencia, el contrato se encontraba vigente hasta el 1° de agosto del año 2000, como se encuentra debidamente acreditado en el expediente.

Y tan fue y es cierto lo anterior, que las partes, sometidas a un proceso judicial en virtud de los incumplimientos alegados, adelantado en el Estado de Michigan, Estados Unidos de América, lograron un acuerdo conciliatorio que puso fin a las diferencias que se presentaron en desarrollo y ejecución de ese contrato.

Por otra parte, el artículo 1546 del C. Civil ratifica lo que hemos venido exponiendo, es decir, que la sola voluntad unilateral de uno de los contratantes NO puede tener la virtud de dar por terminado el contrato. En efecto, el artículo mencionado establece que "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante su arbitrio, o la resolución o el incumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Así, resulta claro que el juez competente, a petición de la parte cumplida en un contrato, es el único que puede ordenar su resolución, o su cumplimiento y no unilateralmente una de las partes.

j) Dice la Superintendencia que "En cuanto a la confusión de que trata este considerando, debemos anotar que para este Despacho el aspecto que resulta relevante es que en desarrollo de la autonomía de la voluntad las sociedades Motorkote Inc. y American Friction acordaron suscribir el contrato de distribución en el cual incluyeron las cláusulas que libremente quisieron pactar. Invocando alguna de estas cláusulas Motorkote Inc. dio por terminado el contrato de distribución con American Friction y acordó, a partir del 15 de octubre de 1998 la representación para Colombia de Motorkote Inc. y la distribución de su producto Motorkote 100 con la sociedad Plus Representaciones Ltda., distribución que esta sociedad luego cedió a Motorkote de Colombia Limitada.

Insiste la Superintendencia y lo considera RELEVANTE, porque expresamente lo manifiesta, en que uno de los contratantes (en este caso Motorkote Inc.) puede dar por terminado un contrato bilateral, invocando alguna de las cláusulas del contrato. La pregunta que debemos hacernos es cuál fue esa cláusula contractual que podía invocar Motorkote de Colombia Limitada para dar por terminado el contrato? Un supuesto incumplimiento, que no podía ser declarado unilateralmente por Motorkote Inc., sino por una autoridad judicial competente para ello.

Vale la pena advertir, que la Superintendencia en uno de sus considerandos a los que ya hemos hecho referencia manifestó NO TENER PRUEBA DEL CONTRATO suscrito entre Motorkote Inc. y mi poderdante, American Friction Lube; pero en el considerando citado, aduce como prueba RELEVANTE dicho contrato.

Como quiera que el contrato de distribución suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Limitada obra en el expediente, basta revisarlo para encontrar que NO EXISTE NINGUNA CLÁUSULA CONTRACTUAL que le permita a Motorkote Inc. o a mi poderdante, dar por terminado el contrato

Por la cual se resuelve un recurso

anticipadamente a su vencimiento. Establece sí, una serie de obligaciones recíprocas que se deben cumplir, so pena de las sanciones que establece la ley. En caso de incumplimiento de las obligaciones, el contratante cumplido PUEDE ACUDIR AL JUEZ para pedir o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Mientras exista conflicto entre las partes sobre la ocurrencia de un motivo de terminación o no del contrato, sólo el juez competente podrá declarar con efectos vinculantes para ambas partes si termina el contrato. En otros términos, debe existir una sentencia judicial que declare el incumplimiento del contrato y, como consecuencia, decrete su terminación; documento judicial que no se encuentra dentro del proceso, toda vez que no existió pronunciamiento alguno sobre los recíprocos incumplimientos de las partes. Por el contrario, existió un acuerdo conciliatorio sobre las diferencias existentes entre Motorkote Inc. y American Friction Lube, que se celebró ante la Corte Distrital del Estado de Michigan.

k) Dice la Superintendencia que "Los avisos publicitarios ordenados por Motorkote se consideran imprecisos al anunciar de una parte, que un producto "Motorkote 1 00" lo invita al lanzamiento del producto competidor "Motorkote 2000" y adicionalmente por anunciarse American Friction Lube Ltda. como "distribuidor exclusivo para Colombia y Latinoamérica de sus productos Motorkote 1000 y Motorkote 2000" lo que evidentemente es susceptible de generar confusión en el público entre dos productos competidores. El producto "Motorkote 1 00" ha estado en el mercado por varios años habiendo sido durante este tiempo irrelevante para el usuario la fórmula utilizada debido a que se trata de información que tradicionalmente no era objeto de divulgación publicitaria durante este tiempo".

Sobre el particular, debemos advertir que si la Superintendencia consideró que los avisos publicitarios ordenados por Motorkote eran imprecisos, así debió declararlo en la misma resolución, teniendo en cuenta que estos hechos fueron denunciados por mi poderdante.

Ahora bien, en los términos de la resolución, parece entenderse que se trata de la publicidad ordenada por mi poderdante, American Friction Lube. Si ello es así, debemos reiterar a la Superintendencia que mi poderdante, tuvo en parte del año de 1998, la distribución conjunta de dos productos: Motorkote 100 y Superkote 2000 y que podía, en ejercicio de su autonomía, publicitar los dos productos. No se entiende como resulta ilícito una publicidad de los productos cuya distribución tiene mi poderdante, además en forma exclusiva.

No existe el producto Motorkote 2000, sino Superkote 2000, que fue la publicidad que mi poderdante realizó legítimamente.

l) Dice la Superintendencia que "Pese a la ruptura contractual con Motorkote Inc. en octubre de 1998, American Friction Lube Ltda. participa en noviembre de 1998 en la Feria del Automóvil colocando un aviso según el cual "Motorkote 100, le invita al lanzamiento de su nueva fórmula Superkote 2000". Además ordena una serie de avisos en diversos periódicos de circulación nacional anunciándose como distribuidor exclusivo de ambos productos, Superkote y Motorkote y otros en los cuales anunciaba la evolución de Superkote mostrando en un mismo aviso la impresión tachada de los recipientes de Motorkote al lado del recipiente de Superkote en un mayor tamaño generando así confusión entre el público consumidor".

Reiteramos a la Superintendencia que mi poderdante American Friction Lube Limitada tuvo simultáneamente en el año de 1998 la distribución exclusiva de los productos Motorkote 100, en virtud del contrato celebrado con la sociedad Motorkote Inc. y del producto Superkote 2000, en virtud del contrato celebrado con la sociedad Muscle Products Corp. Así las cosas, no existe ninguna mentira o falta de información sobre la distribución del producto.

Es más, a raíz de una publicación aparecida en el diario "El Tiempo" de fecha 27 de diciembre de 1998, que obra en el expediente, donde se indicaba que "Motorkote Inc. de E.E.U.U. informa a sus clientes: Que a partir del 4 de diciembre de 1998, Motorkote de Colombia Limitada es nuestro representante exclusivo a

Por la cual se resuelve un recurso

nivel nacional para la comercialización de nuestro producto líder Motorkote 100. Aclaración: La empresa American Friction Lube LTDA. y/o Superkote 2000 no es nuestro representante en Colombia. Solicitamos abstenerse de realizar cualquier tipo de negociación con ellos usando nuestra marca o productos", mi poderdante, a través de sus abogados en Estados Unidos, Dykema Gossett, solicito en comunicación del 15 de enero de 1999 (que reposa en el expediente) una aclaración a la sociedad Motorkote Inc., quien en respuesta dada por su Presidente, manifestó que la sociedad Motorkote Inc. no ha autorizado colocar, pagar ni tiene conocimiento de la publicación mencionada.

Lo que debe resaltarse aquí es que ese tipo de publicidad SI genera confusión entre el público, pues pretendía desvirtuar la distribución que para la fecha del aviso tenía mi poderdante del producto Motorkote 100 y además. reitera que el contrato de distribución de los productos no terminó el 15 de octubre, como pretendió hacerlo Motorkote Inc.

En cuanto a la evolución del producto, lo que pretendió mi poderdante era indicar la procedencia de la fórmula MT-10 del producto que se comercializaba por parte de Motorkote Inc. y el cambio de la formula a un nuevo producto que se comercializaba por parte del productor de la formula MT -10 es decir, de la sociedad Muscle Products Corp.

m) Dice la Superintendencia que "Lo anterior junto a la conducta del representante legal de American Friction Lube Ltda. quien valiéndose de que al 13 de octubre de 1998 aún tenía la distribución de Motorkote Inc. y estando solo a dos días de ser notificado sobre la terminación contrato. notifica a su vez a los Almacenes Olímpica sobre el cambio de nombre o marca de los productos "Motorkote 1 00" por "Superkote 2000" para lo cual remite nuevas etiquetas y nuevo código de barras, lo cual junto con los anteriores hechos llevan a concluir la conducta desleal de actos de confusión. Lo subrayado y resaltado es nuestro.

En verdad, es desconcertante que la Superintendencia de Industria y Comercio exija a los comerciantes conocer los hechos futuros o inciertos, como parece insinuarlo la cita que comentamos. En efecto, la Superintendencia califica ilegal una conducta, por hechos que se conocen hoy, pero que en su momento no se conocían, como quiera que ocurrieron, como ella lo indica, dos días después.

Hemos tratado en este escrito de impugnación a la resolución, ser enfáticos en indicar, con las pruebas que obran en el expediente, que el contrato suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube tenía una vigencia hasta el 1° de agosto de 2000 y que no podía terminar unilateralmente por voluntad de una de las partes, sin decisión judicial de por medio.

También hemos hecho énfasis en que American Friction Lube tuvo la representación exclusiva de los productos Motorkote 100 y Superkote 2000.

Así las cosas, es posible, lógico, jurídico y legal que mi poderdante hiciera publicidad de ambos productos, que pudiera solicitar código de barras para el producto Superkote 2000, que indicara en los avisos publicitarios que era representante exclusivo de ambos productos. No puede mencionares que mi poderdante CONOCIA que dos días después le iba a ser terminado en forma unilateral el contrato de distribución, pues esto es futurología de difícil conocimiento y entendimiento.

Como conclusión de todo lo anterior, resulta claro y probado en el expediente que:

- 1) American Friction Lube Limitada tenía la distribución del producto Motorkote 100 hasta el 10 de agosto del año 2000.
- 2) La sociedad Motorkote Inc. no podía, como efectivamente no pudo, dar por terminado el contrato de distribución suscrito con American Friction Lube Limitada el día 15 de octubre de 1998. No EXISTE PRUEBA EN EL EXPEDIENTE DE UNA TERMINACIÓN EN LA FECHA SUGERIDA POR MOTORKOTE

Por la cual se resuelve un recurso

INC.

3) Que la terminación del contrato suscrito entre Motorkote Inc. y la sociedad American Friction Lube Limitada, solo se dio legalmente, mediante un acuerdo conciliatorio, que fue logrado luego de una disputa judicial en la corte Distrital del Estado de Michigan, Estados Unidos de América.

4) Que la conducta de American Friction Lube no puede considerarse como desleal por actos de confusión, toda vez que sus actuaciones no tuvieron como objeto o como efecto crear confusión sobre las prestaciones mercantiles y/o el establecimiento de Motorkote de Colombia Limitada.

2.- En cuanto a la explotación de la reputación ajena, como acto de competencia desleal que encontró probada la Superintendencia (página 35 y siguientes de la resolución impugnada, procedemos a desvirtuar cada uno de los cargos imputados, en el mismo orden de su formulación:

a) Dice la Superintendencia que "...American Friction Lube Ltda. se valió de la utilización de la publicidad que tuvo por objeto crear confusión en el público consumidor y utilizó para su propio beneficio el prestigio adquirido por el producto "Motorkote 100" como la comercialización del mismo en grandes cadenas de almacenes"

Como lo expresamos al desvirtuar cada una de las conductas que se pretendieron tipificar como conductas desleales por actos de confusión, mi poderdante American Friction Lube Limitada fue distribuidor exclusivo de los productos Motorkote 100 y Superkote 2000, por tener contratos vigentes con cada una de las casas distribuidoras y/o productoras de dichos productos. En consecuencia, la publicidad de los dos productos era parte de su estrategia comercial, como representante exclusivo de los mismos.

Por otra parte, debemos advertir, como bien lo menciona la Superintendencia en la resolución que se impugna con el presente escrito, que el producto Motorkote 100 fue distribuido en Colombia por American Friction Lube desde el año de 1994 y fue quien a través de su experiencia, conocimiento, lobby y esfuerzo, logró posicionarla en el mercado. Legítimo también resulta, el hecho de pretender posicionar la marca Superkote de la que también tenía la exclusividad en su distribución.

b) Dice la Superintendencia que "Así las cosas, es claro para este Despacho que American Friction Lube Ltda. utilizó para su propio beneficio la reputación adquirida en el mercado colombiano por el producto "Motorkote 100", como lo fue por ejemplo el hecho de la comercialización del producto en grandes almacenes de cadena y el nivel de recordación y resultados de la misma entre consumidores"

American Friction Lube utilizó su conocimiento y capacidad para su propio beneficio, **de la reputación por ella adquirida** al introducir al mercado el producto Motorkote 100. Vale la pena advertir que la reputación no solo corresponde a un producto, sino también la reputación de quien acredita ese producto, que no fue otro que American Friction Lube.

c) Dice la Superintendencia que "La participación de American Friction en la Feria del Automóvil, teniendo en cuenta que tan sólo un mes antes la sociedad Motorkote Inc. había dado por terminada su relación contractual con American Friction Lube para los consumidores y para quienes pertenecen al gremio no podía resultar extraño observar al representante legal de American Friction, Jairo Gutiérrez de Piñeres, publicitando además del producto "Motorkote 100", otro, aparentemente nuevo, con la identificación de "Superkote 2000".

Como lo hemos indicado a lo largo de este escrito y aun cuando pueda resultar desgastante el mismo tema, debemos reiterar que American Friction Lube tenía la distribución exclusiva, al mismo tiempo, de los productos Motorkote 100, en virtud del contrato celebrado con Motorkote Inc, vigente hasta el 1° de agosto de 2000 y del producto Superkote 2000, en virtud de 1 contrato celebrado con Muscle Products Corp.

Así mismo, debemos reiterar que la terminación del contrato en forma unilateral NUNCA fue aceptada por

Por la cual se resuelve un recurso

American Friction Lube y que tal forma de terminación NO SE ENCONTRABA PACTADA EN EL CONTRATO, por lo tanto, no resulta vinculante para American Friction Lube.

En conclusión, no existiendo actos de confusión como lo hemos indicado en la parte inicial de este escrito, no se puede concluir que exista una indebida explotación de la reputación ajena, ni endilgarse que existe un aprovechamiento ilegal en beneficio propio. El único aprovechamiento de mi poderdante ha sido el de su trabajo, su capacidad y su experiencia en el manejo de los productos, tanto de Motorkote 100 como de Superkote 2000, de los cuales, en el primero fue su representante exclusivo y en el segundo, lo sigue siendo.

Teniendo en cuenta los sucintos argumentos expuestos, junto con la prueba que obra en el expediente, donde se demuestra que mi poderdante no incurrió en ninguna conducta desleal, ruego a la señora Superintendente **REVOCAR** la decisión impugnada y declarar que mi poderdante American Friction Lube no infringió ningún artículo de la ley 256 de 1996, es decir, no incurrió en ninguna conducta desleal.

Para efectos puramente ilustrativos y de fácil referencia, acompaño con este documento un resumen ordenado de varios los documentos que reposan en el expediente donde se demuestra con claridad la conducta transparente, seria y leal asumida por mi poderdante y las conductas desplegadas por la sociedad Motorkote de Colombia, para inducir a la ruptura del contrato celebrado entre mi poderdante y Motorkote Inc. (Anexo No. 1).

Así mismo, acompañamos copia de la mediación que se adelantó en la Corte del Circuito del Estado de Michigan, a raíz de las diferencias que se presentaron en el contrato celebrado entre mi poderdante y la sociedad Motorkote Inc. (Anexo No.2). Vale la pena anotar, que esa fue la vía acordada para dirimir las controversias como efectivamente ocurrió y reitera que la sociedad Motorkote Inc. no podía, como no pudo, terminar el contrato por su sola decisión unilateral, sino que fue necesario un proceso judicial, que terminó con la mediación indicada.

II: LOS ACTOS DESLEALES IMPUTADOS A LA SOCIEDAD MOTORKOTE DE COLOMBIA LIMITADA

En cuanto a la denuncia-demanda instaurada por la sociedad American Friction Lube contra la sociedad Motorkote de Colombia Limitada y sobre la cual la Superintendencia en la resolución que se impugna estima que no constituía su conducta ningún acto de competencia desleal, debemos manifestar nuestro desacuerdo por los argumentos que a continuación exponemos, con la solicitud a la Superintendencia de que REVOQUE la decisión en lo pertinente y se declare la conducta desleal cometida por la sociedad Motorkote de Colombia Limitada.

En primer lugar, debemos manifestar a la Superintendencia que el producto que se distribuye desde 1994 es "Motorkote 100" y no "Superkote 100" como equivocadamente lo señala la resolución que se impugna.

Para que exista la conducta desleal de descrédito, no es necesario que exclusivamente se tenga que referir a un productor, pues la conducta de descrédito también se da con los productos de un competidor.

La sociedad Motorkote de Colombia Limitada pretendió desacreditar el producto de mi poderdante "Superkote 2000" con las comunicaciones dirigidas a varios establecimientos comerciales, como aparece probado en el expediente.

En cuanto a la conducta de inducción a ruptura contractual dice la Superintendencia que "Dentro de la investigación no se probó que tal determinación hubiera obedecido a actos desleales promovidos por parte de la sociedad Motorkote de Colombia Ltda. que para la fecha no se había constituido, pero si aparece demostrado que American Friction Lube Ltda. ordenó directamente en julio 13 de 1998, un pedido a Muscle Products Corporation antiguo maquilador de Motorkote Inc. y que suscribió el 21 de agosto de 1998 un contrato con aquella sociedad para la distribución del producto "Superkote 2000". Agrega la

Por la cual se resuelve un recurso

Superintendencia que "Finalmente, la estimación que se haga respecto de si la terminación unilateral de un contrato fue justa o no, es un asunto que corresponde dilucidar en otros estrados y no ante la Superintendencia de Industria y Comercio resultando únicamente de interés para las actuaciones que aquí se adelantan el hecho de que dicha terminación se hubiera presentado y que como consecuencia de dicha ruptura contractual la distribución del producto "Motorkote 100" para Colombia se hubiera concedido a una nueva sociedad por parte de Motorkote Inc".

Aparece plenamente demostrado en el expediente que el contrato suscrito entre Motorkote Inc. y mi poderdante tenía un término de vigencia hasta el 1° de agosto de 2000. Dese el punto de vista legal, no puede admitirse que unilateralmente se de por terminado antes, a menos que así lo disponga una autoridad judicial o lo acuerden las partes.² También está demostrado en el expediente que la sociedad Plus Representaciones Limitada era distribuidor de American Friction Lube del producto "Motorkote 100". En igual sentido está probado que la sociedad Motorkote de Colombia Limitada tiene los mismos socios de la sociedad Plus Representaciones Limitada. Así mismo, está probado en el expediente que la sociedad plus Representaciones buscó a la sociedad Motorkote Inc. para que terminara el contrato con mi poderdante y suscribiera un nuevo contrato con ella, cosa que ocurrió. Finalmente está probado que la sociedad Plus Representaciones cedió el contrato a la sociedad Motorkote de Colombia Limitada

Todo lo anterior, resulta evidente para concluir la conducta desleal de inducción a ruptura contractual que hizo la sociedad Motorkote de Colombia Limitada, para obtener la representación o distribución del producto "Motorkote 100" y no puede argumentarse, con tranquilidad pasmosa, que la sociedad solo se constituyó hasta el mes de noviembre de 1998, pues parece claro todas las maniobra tendientes a obtener un fin: inducir a la sociedad Motorkote Inc. para que terminara el contrato, así sea por fuera de las estipulaciones contractuales o legales, con American Friction Lube y hacer que Motorkote Inc. suscribiera el contrato con ella, como finalmente ocurrió.

En cuanto a la terminación justa o injusta de un contrato, compartimos la apreciación de la Superintendencia en que corresponde decidirlo en otras instancias, como finalmente también ocurrió. Lo que no debe olvidar la Superintendencia, es que no tiene facultades legales para declarar la resolución de un contrato, ni para aceptar tal declaración por una de las partes, y sin mas aceptar dicha resolución o terminación.

Por otra parte, es necesario reiterar, como bien lo hace la Superintendencia en la resolución que se impugna, que la sociedad Motorkote de Colombia Limitada no tiene ningún derecho marcario sobre el producto "Motorkote 100" y que el depósito o nombre comercial de un establecimiento es cosa distinta a su marca y no genera ningún derecho para la sociedad Motorkote de Colombia Limitada.

Por último, debemos advertir que durante el trámite del proceso de competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución 11992 del 30 de marzo de 2001 confirmó la resolución No. 9962 de 2000, por medio de la cual se resolvió NEGAR el registro de la marca MOTORKOTE por ser similarmente confundible con la marca registrada SUPERKOTE.

Así las cosas, son claras las conductas desleales en que incurrió la sociedad Motorkote de Colombia Limitada, y otras en las que actualmente incurre³ y que no fueron declaradas por la Superintendencia, básicamente con el mismo argumento para declarar las conductas desleales de mi poderdante, esto es, la terminación unilateral del contrato por parte de Motorkote Inc. y que el producto se encontraba en el mercado desde 1994.

Creemos, con el mayor respeto, que la Superintendencia debe evaluar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal y como lo orden el artículo 187 del C. De P. Civil, norma que debe ser aplicada por expresa remisión legal.

² No lo uno, ni lo otro se dio en el contrato celebrado entre Motorkote Inc. y American Friction Lube.

³ Que serán denunciadas ante ese Despacho en la debida oportunidad.

Por la cual se resuelve un recurso

Por lo tanto, ruego a la señora Superintendente REVOCAR la decisión impugnada y en su lugar, declarar que la sociedad Motorkote de Colombia Limitada incurrió en los actos de competencia desleal denunciados.

III LA ILEGALIDAD DE LA SANCIÓN IMPUESTA A LA SOCIEDAD AMERICAN FRICTION LUBE

Hemos solicitado a la señora Superintendente REVOCAR la sanción impuesta a mi poderdante AMERICAN FRICTION LUBE, por considerarla ilegal y en todo caso, excesiva, teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que acaecieron los hechos, solicitando subsidiariamente su disminución.

En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencia de fecha C-649 de 2001, mag. Ponente: Dr. Eduardo Montealegre, luego de un detenido análisis estimo que:

"Es procedente concluir entonces lo siguiente: la interpretación que mejor respeta el principio constitucional de igualdad, así como lo dispuesto en el artículo 116 Superior, es aquella según la cual, en las normas se atribuyen funciones de tipo administrativo y de tipo jurisdiccional; y que éstas últimas, serán forzosamente las mismas que desarrollan los jueces de la República en virtud de lo dispuesto en la Ley 256 de 1996."

"Por lo anterior, es pertinente efectuar una precisión: aquellas pretensiones que los jueces de la República estudian a través de las acciones previstas legalmente para combatir y prevenir los actos de competencia desleal, pueden igualmente plantearse ante la Superintendencia, cuando ésta haga uso de algunas de las facultades que se le confieren en virtud del artículo 143 de la Ley 446/98, acusado. Específicamente, las acciones judiciales que consagra la Ley 256 de 1996, en su artículo 20, son las siguientes:

"Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá la acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se le practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.
2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno".

Es así como, en realidad, cada una de estas acciones corresponde a una pretensión específica que se puede ventilar por esta vía judicial: la acción declarativa y de condena, corresponde a la pretensión de que exista una declaración judicial de ilegalidad sobre los actos impugnados, y en consecuencia, se ordene al infractor cesar sus efectos e indemnizar los perjuicios que se causaron; por su parte, la acción preventiva o de prohibición, corresponde a la pretensión de que se evite la realización de una conducta típica de competencia desleal que aún no se ha consolidado, o que la prohíba, incluso si no ha ocurrido un daño como consecuencia de tal acto. Ambos tipos de pretensiones pueden ser satisfechas por la Superintendencia cuando haga uso de algunas de las atribuciones que le corresponden para promover la competencia y frenar las prácticas comerciales restrictivas; en particular, las que le atribuye el artículo 2 del decreto 2153 de 1992." Lo subrayado es nuestro.

Por la cual se resuelve un recurso

Mas adelante agrega que:

"No obstante, debe anotarse que todas las demás facultades que asigna la norma son administrativas, por lo cual se precisa que atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículos 4.15 y 4.16 del D. 2153/92, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada, no corresponden al ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino a manifestaciones de la función típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control de la transparencia del mercado. Estas competencias administrativas, que también son asignadas por la Ley 446/98, artículo 143, las podrá ejercer la Superintendencia, ya no a prevención con los jueces de la República, sino en cumplimiento de sus propias funciones" Lo subrayado es nuestro.

Igualmente indica la H. Corte que:

"...para garantizar plenamente el derecho al debido proceso de quien se ve sometido a la actividad investigativa de la Superintendencia, es indispensable que exista una plena claridad, desde el inicio mismo de la actuación, sobre la naturaleza de la función que se está ejerciendo en cada caso, puesto que de ello dependerá el tipo de recursos con los que cuenta el ciudadano par ejercer su derecho a la defensa". Lo subrayado y resaltado es nuestro.

En síntesis, explica la Corte Constitucional que:

"...las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, por virtud de los principios constitucionales de igualdad y de excepcionalidad en la atribución de este tipo de funciones a entidades administrativas. Ello excluye del carácter jurisdiccional, atribuciones tales como las de imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 4 del D2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a las quejas que no sean significativas, o llevar registros" Lo subrayado y resaltado fuera de texto.

De lo anteriormente transcrito, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, NO SE ENCUENTRA FACULTADA para imponer en el trámite jurisdiccional de competencia desleal, multa o sanción pecuniaria alguna, como la que impuso a mi poderdante en la resolución que se impugna.

La facultad de la Superintendencia se limita a la declaratoria o no de los actos de competencia desleal demandados, con la correspondiente decisión sobre la indemnización de perjuicios, sin perjuicio de que paralelamente adelante la actuación administrativa por los hechos de competencia desleal. De hacerlo, como se hizo en el presente caso, viola el principio fundamental de la igualdad y el derecho de defensa de mi poderdante, como lo advirtió la H. Corte Constitucional. Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia en materia de competencia desleal tienen las limitaciones señaladas por las normas que fueron interpretadas por el h. Corte Constitucional, limitaciones que en la resolución que se impugna, no fueron cumplidas.

No puede argumentarse por la Superintendencia que lo dispuesto por la H. Corte Constitucional no es aplicable en el presente asunto, ya que el proceso se encontraba en trámite.

En efecto, no desconocemos los efectos futuros de cualquier decisión de la H. Corte Constitucional, pero tampoco desconocemos que la ley que dio facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio fue la ley 446 de 1998 y que desde esa fecha, las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraban limitadas. La H. Corte Constitucional lo que hizo fue declarar la constitucionalidad

Por la cual se resuelve un recurso

condicionada de dichas normas, de las cuales no puede apartarse la Superintendencia.

El hecho de que el trámite judicial se hubiere iniciado antes de la sentencia, en vigencia de la ley 446 de 1998, no implica que puedan vulnerarse los derechos fundamentales de mi poderdante, American Friction Lube., máxime cuando es deber de las autoridades el cumplimiento estricto de la Constitución y la Ley.

Conociendo los efectos profuturos de las decisiones de Constitucionalidad de las normas y siendo la sentencia de la H. Corte Constitucional proferida antes de la decisión que se impugna, es deber su aplicación con todos los efectos que de ella se deriva. Su aplicación por supuesto, no genera ningún desorden y su falta de aplicación si genera la violación de derechos fundamentales de mi poderdante.

En consecuencia de lo anterior, ruego a la señora Superintendente REVOCAR la imposición de la multa que n cuantía de \$ 22.022.000 hizo a mi poderdante American Friction Lube en el numeral cuarto de la resolución No. 41056 del 6 de diciembre de 2001, que se impugna en este escrito o en su defecto, una reducción sustancial de la misma.

IV. NULIDAD DE LA ACTUACIÓN SURTIDA EN EL PRESENTE TRAMITE DESDE EL INFORME MOTIVADO

Sin perjuicio de presentar esta argumentación escrita como incidente en escrito separado, procedo a mencionar la nulidad en se ha incurrido en este trámite, que debe ser declarada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio, procedió a RESOLVER en la resolución que se impugna, por la cual pone fin a la actuación, el incidente de nulidad que se formuló el día 24 de abril de 2001, aduciendo una posición en un incidente formulado con anterioridad (17 de noviembre de 2000).

En efecto, en la página 45 de Resolución impugnada procede a resolver el INCIDENTE DE NULIDAD PROPUESTO, indicando que no encuentra ninguna nulidad en virtud de la acumulación de los procesos u de que en su sentir, no resulta procedente la audiencia de conciliación, por el especial procedimiento que establece el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

En primer lugar, debemos manifestar a la Superintendencia, que los incidentes de nulidad deben ser resueltos antes de proferirse sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 del C. De P. Civil, norma que debe ser aplicada por expresa remisión legal.

La decisión de la Superintendencia en la Resolución que se impugna, no es otra cosa que una sentencia, de las que menciona el artículo 145 del C. de P. Civil, que corresponde a la denominación de este tipo de providencias en la jurisdicción civil.

La decisión de la Superintendencia, emitida mediante la Resolución impugnada, resulto anticipada, toda vez que no se había resuelto oportunamente el incidente de nulidad propuesto. Lo anterior, genera NULIDAD por indebido procedimiento, conforme lo establece el artículo 140 del C. De P. Civil.

En cuanto a las razones mismas que tuvo la Superintendencia para denegar el incidente, debemos manifestar:

- a) *El proceso de competencia desleal se acumuló a partir del 21 de junio de 2000, según oficio 99824459 de dicha fecha. A partir de esta fecha, tanto la demanda de la sociedad American Friction Lube contra Motorkote de Colombia Limitada como la demanda e esta última contra la primera, debían adelantarse simultáneamente y no en forma separada, como se hizo al rendir un informe motivado para cada actuación procesal.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la ley 446 de 1996, que modificó el artículo 145

Por la cual se resuelve un recurso

de C. Contencioso Administrativo, la acumulación de pretensiones y la acumulación de procesos proceden en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil.

El C. De P. Civil establece en su artículo 159 los efectos de la acumulación, advirtiendo que, **decretada la acumulación, los procesos continuarán tramitándose conjuntamente**, con suspensión del más adelantado hasta que el otro se encuentre en el mismo estado, y se decidirán en la misma sentencia.

Es clara la norma procesal civil, aplicable por expresa remisión del C.C. Administrativo, que obliga al funcionario a tramitar conjuntamente la actuación acumulada, hasta el punto de ordenar la suspensión en el evento de que los trámites no se encuentren en la misma etapa procesal.

- a) En lo que hace referencia a la audiencia de conciliación, debemos reiterar al señor Superintendente la solicitud de su convocatoria, teniendo en cuenta la especialidad del trámite judicial que se adelanta ante ese Despacho.

La sentencia de la H. Corte Constitucional varias veces citadas, es clara en expresar la naturaleza jurídica de las actuaciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio y la obligación de obrar con los límites que establece la ley para estos procesos.

En efecto, como bien lo reconoce la Superintendencia, la actuación o trámite de competencia desleal es una facultad jurisdiccional que le otorgó la ley 446 de 1996. Tratándose de una función jurisdiccional y de un proceso judicial, debe dar aplicación a **la norma especial que rigen estos procesos** y que ordenan, que por lo menos exista una posibilidad y oportunidad de conciliación aun cuando se encuentre precluida la etapa probatoria.

La norma que establece la obligatoriedad de una oportunidad para conciliar en **todos, sin excepción alguna, los judiciales es una norma de carácter especial**, que por lo tanto debe ser preferida al procedimiento que en forma general establece la ley 446 de 1996 para los casos en que la Superintendencia trámite las acciones de competencia desleal.

Así las cosas, es necesario que se decrete la nulidad de la actuación a partir del primer informe motivado y se proceda a convocar a la audiencia de conciliación, para dar estricto cumplimiento a dicha regulación especial.

CONCLUSIÓN:

Existen razones mas que suficientes, probadas legalmente, que permiten a la señora Superintendente **REVOCAR** íntegramente la resolución impugnada, accediendo a las pretensiones que hemos formulado en cada capítulo de este recurso.

En especial, solicitud que se **REVOQUE** la declaratoria de las conductas desleales que se imputan a American Friction Lube; se **REVOQUE** la sanción pecuniaria impuesta y en su lugar, se declare como responsable de los actos de competencia desleal a la sociedad Motorkote de Colombia Limitada.

De no accederse a nuestras peticiones, ruego a la señora Superintendente conceder el recurso de apelación de que trata el artículo 52 de la ley 510 de 1999 que modificó el artículo 148 de la ley 446."

SEGUNDO: De acuerdo con lo contemplado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todas las cuestiones planteadas y las que surgen con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que fueron presentadas.

Por la cual se resuelve un recurso

2.1. Respetto del producto Motorkote 100 en el mercado colombiano

Según el recurrente, en la resolución equivocadamente se señaló que Motorkote Inc. ha venido colocando en el mercado colombiano el producto identificado como Motorkote 100, pues la sociedad Motorkote Inc. a través de su distribuidor exclusivo American Friction Lube Ltda. distribuyó el producto Motorkote 100 y así las cosas, Motorkote Inc. no ha colocado directamente en el mercado colombiano el producto.

Frente a este argumento cabe señalar que no necesariamente Motorkote Inc. hubiera tenido que colocar de manera directa su producto Motorkote 100 en el mercado colombiano, pero de hecho lo ha colocado, de manera indirecta, a través o por intermedio de diversas sociedades, estas han sido, American Friction Lube Ltda., Plus Representaciones Ltda. y Motorkote de Colombia Ltda., en su orden.

2.2. Respetto de la antigüedad de la relación entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda

Sobre este punto de la relación comercial entre Motorkote Inc. y la sociedad American Friction Lube Ltda. es del caso recordar que es la propia sociedad American Friction Lube Ltda. quien afirma⁴, sin que este hecho sea desconocido o desvirtuado por la parte contraria, que la antigüedad de su relación comercial con Motorkote Inc. para la distribución del producto remitido por Motorkote Inc. viene desde el año de 1994 habiéndose renovado en el año de 1996 para lo cual se apoya en copia de diversos "Bill of Lading"⁵ referentes a distintas remisiones del producto de Motorkote Inc a American Friction Lube Ltda. así como en copia del respectivo contrato suscrito entre American Friction Lube Ltda. y Plus Representaciones Ltda. acuerdo en el que se expresa:

"CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

En la ciudad de Santafé de Bogotá, 08 de octubre de 1996

REUNIDOS

De un lado American Friction Lube Ltda. (Suministrador) domiciliado en Santafé de Bogotá ... teniendo por representante legal a Jairo Gutiérrez de Piñeres Julio ... y de otro Plus Representaciones (Distribuidor) ...

MANIFIESTAN

Primero. Que el Suministrador, es titular en concepto de importador en exclusiva para Colombia del producto MOTORKOTE 100, que es un tratamiento antifricción de motores y metales en general.

Segundo. Que Plus Representaciones ha sido seleccionada por el suministrador para formar parte de su red de distribución y que éste, (sic) tras haber recibido información tiene interés en la formalización de este contrato."

Adicionalmente, obra copia del contrato de fecha agosto 1 de 1998 y su traducción que fueron aportados

⁴ En el folio 1 del escrito de descargos radicado bajo el número 99024459-26 del 30 de junio de 1999 American Friction Lube manifestó: "... La sociedad American Friction Lube Ltda. y Motorkote Inc. celebraron contrato de agencia comercial desde 1994 por períodos de dos (2) años 1994-1996, 1996-1998, siendo renovado el último contrato en agosto 1 de 1998, es decir hasta agosto 1 de 2000.

El producto introducido y posicionado en el país desde julio 29 de 1994 hasta junio 6 de 1997 fue el producto enviado por Motorkote Inc. para American Friction Lube que era fabricado por MPC (Muscle Products Corporation) de la ciudad de Butler, Pennsylvania, Estados Unidos de América)

Esto es fácil comprobarlo por los Bill of Lading N° 117033315 de 1995, Bill of Lading N° 117045170 de 1996 y Bill of Lading N° 117054740 de 1997 que entre otros nos indican la procedencia, destino, punto y país de origen. ..."

⁵ Copia de tales documentos fue anexada con el escrito de descargos remitido por American Friction Lube y radicado bajo el número 99024459-26 del 30 de junio de 1999.

Por la cual se resuelve un recurso

al interior del expediente⁶, documento por el cual las sociedades Motorkote inc. y American acuerdan que American Friction Lube Ltda. opera como el único agente para Motorkote 100, representando a Motorkote Inc. y con autoridad para nombrar distribuidores en el territorio.

2.3. Respetto de los pedidos efectuados al antiguo maquilador de Motorkote Inc.

El acuerdo contractual suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda. señala en alguno de sus apartes (párrafo octavo, sin numerar):

"CONTRATO

entre

American Friction Lube Ltda. y Motorkote Inc.

"American Friction Lube Ltda. acuerda:

(...)

Acuerda no divulgar ninguna información en relación con el nombre, ubicación u otra información sobre contactos de la empresa química fabricante de Motorkote 100. Esto incluye el acuerdo de no contactar directamente al fabricante/planta. Tal contacto no autorizado constituye una base para la terminación de este contrato." (Las subrayas y negrillas no hacen parte del texto original)

Si bien en la resolución se señala un hecho, este es, que "En julio 13 de 1998, estando vigente el acuerdo contractual en exclusiva con Motorkote Inc., American Friction Lube Ltda. ordena directamente un pedido al antiguo maquilador de Motorkote Inc., Muscle Products Corporation, del producto descrito como MT-10", ello no es otra cosa que parte del recuento histórico que se hace en la resolución de diversos hechos y antecedentes cronológicamente sucedidos y que antecedieron a la formulación de la denuncia. Así, no puede decirse que en aquella se está calificando este hecho en ningún sentido ni que se le esté considerando como ilegal o no, simplemente se enuncia el hecho o la conducta de American Friction Lube consistente en que ésta ordena un pedido al antiguo maquilador de Motorkote Inc. pero para efectos de la investigación por competencia desleal, no desde el punto de vista de la contractualidad, tema este que no pretende dilucidar este Despacho, pues obviamente escapa a su ámbito funcional.

De igual modo, el comentario sobre la suscripción, el 21 de agosto de 1998, de un contrato para la distribución del producto "Superkote 2000" entre American Friction Lube Ltda. y Muscle Products Corporation antiguo maquilador del producto remitido por Motorkote Inc. para ser distribuido como Motorkote 100 por American Friction Lube Ltda., así como el efectuado en relación con el hecho de que el 15 de octubre de 1998, Motorkote Inc., aduciendo incumplimiento del contrato por parte de American Friction Lube Ltda., declaró terminado el contrato de distribución suscrito con aquella, corresponde también al recuento de los antecedentes históricos sucedidos en relación con los hechos de la denuncia formulada y en nada se constituyen en argumento para reponer la decisión recurrida.

2.4. Respetto de la participación de American Friction Lube Ltda. en el evento Feria del Automóvil, la publicación de unos avisos y la cláusula invocada por Motorkote Inc.

Se refiere el recurrente a lo expresado en la resolución en cuanto a la participación de American Friction Lube Ltda. en la Feria del Automóvil, en cuyo "stand" colocó un aviso según el cual "Motorkote 100" lo invita al lanzamiento de su nueva fórmula "Superkote 2000" y ordena la inserción de una serie de avisos publicitarios en periódicos de circulación nacional, para afirmar que esta Superintendencia parte de una premisa equivocada en cuanto a la terminación unilateral del contrato por parte de Motorkote Inc, aduciendo que American Friction Lube no aceptó la referida terminación pues consideró que el contrato no la preveía y que no había incumplido ninguna cláusula contractual y que de haberse prestado

⁶ Como anexo 2 del escrito radicado bajo el número 99024459-30001 del 1 de diciembre de 2000.

Por la cual se resuelve un recurso

incumplimiento, éste era de la sociedad Motorkote Inc.

Al respecto, cabe anotar que como se señaló en ordinales anteriores, una cláusula del acuerdo contractual suscrito entre las partes en cuestión, preveía claramente una prohibición en el sentido de **"no contactar directamente al fabricante / planta. Tal contacto no autorizado constituye una base para la terminación de este contrato."**

De acuerdo a lo anterior y como acertadamente lo señala el recurrente, de acuerdo con el artículo 1602, el contrato es ley para las partes quienes pueden válidamente acordar las formas de terminación anticipada de los contratos que suscriban, las cuales en tanto no contraríen la normatividad aplicable resultan válidas y por tanto, con fuerza de ley.

Precisamente ejerciendo tal facultad, fue como se comunicó por escrito de fecha octubre 15 de 1998 la terminación del contrato entre American Friction Lube y Motorkote Inc. por parte de esta última. Tal comunicación es citada por American Friction en su escrito de descargos con radicación 99024459-26 del 30 de junio de 1999, en el hecho 8 de los descargos, apareciendo relacionada en el acápite de pruebas y siendo además transcrita en el escrito referido, bajo el siguiente encabezado:

"En octubre 15 de 1998, la oficina de abogados Zimmer & O O'Deen envió una carta diciendo lo siguiente:

ESTIMADO SEÑOR PIÑERES:

DE ACUERDO A CONVERSACIONES TELEFÓNICAS, CONFERENCIAS DE OFICINA Y MÚLTIPLES CARTAS ENTRE SU COMPAÑÍA Y MOTORKOTE INC., ES NUESTRA OPINIÓN QUE Usted CLARAMENTE HA roto EL contrato exclusivo DE AGENCIA CON MOTORKOTE INC. Dado este rompimiento EL CONTRATO ENTRE Usted Y Dr. DAVID PERSELL Es DECLARADO NULO.

TAMBIÉN dado su rompimiento, todos los contratos adicionales ENTRE MOTORKOTE a TRAVÉS DE AMERICAN FRICTION LUBE LTDA. son declarados nulos.

SU VISITA A LOS ESTADOS UNIDOS CON el DR. DAVE PERSELL YA NO ES NECESARIA Y MOTORKOTE INC. estudiará y establecerá COMPRADORES PARA MOTORKOTE 100.

SINCERAMENTE,

KENNETH L. O'DEEN"

Así las cosas, la premisa de la cual parte la Superintendencia en el sentido que, a partir del 15 de octubre de 1998, Motorkote Inc. declara terminado el contrato de distribución suscrito con American Friction Lube Ltda. no resulta equivocada.

Según el recurrente, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, la sola voluntad unilateral de uno de los contratantes no puede tener la virtud de dar por terminado el contrato.

Sobre este particular, es necesario aclarar al inconforme que en el caso que nos ocupa, esta Superintendencia ejerce la función de investigar las conductas constitutivas de competencia desleal contenidas en la ley 256 de 1996, a partir de la situación fáctica planteada en la denuncia y su decisión se enmarca dentro de la sana crítica. En este contexto, su accionar se limita a valorar en su conjunto las pruebas recaudadas dentro de la investigación y proferir la decisión sobre si se configuran o no los presupuestos de las normas de competencia desleal sobre las cuales se inició la actuación.

En el anterior sentido, este Despacho desbordaría su ámbito funcional si, so pretexto del análisis probatorio propio de un caso específico como el que nos ocupa, se adentra en el campo de la determinación de materias que corresponderían a otras jurisdicciones. Concretamente, mal haría en pronunciarse respecto de si un contrato de carácter comercial puede o no ser terminado por la sola

Por la cual se resuelve un recurso

voluntad de una de las partes. Esta confrontación jurídica compete a otras instancias y en otros estadios.

Ahora bien, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión adoptada por Motorkote Inc., lo cierto es que los hechos posteriores a ella permiten deducir que hubo aceptación tácita de American Friction Lube con su comportamiento, pues no volvió a distribuir el producto "Motorkote 100" de Motorkote Inc., no recibió más envíos por parte de esta y un mes y medio antes del envío de la comunicación en mención ya había suscrito un contrato de distribución exclusiva con Muscle Products Corporation.

Por otra parte, en gracia de discusión y aún si partiéramos del supuesto que el contrato de distribución con Motorkote Inc. estaba aún vigente, ello denotaría que las conductas de la sancionada serían de mayor reproche y contrarias a un leal comportamiento comercial, si tenemos en cuenta que al mismo tiempo estaría no solo ostentando la doble condición de "distribuidor exclusivo" de dos productos competidores⁷, sino, más grave aún, publicitando de mejor manera el producto "Superkote 2000" en desmedro de "Motorkote 100" al cual bajo el supuesto mencionado debía darle un tratamiento por lo menos igual al del producto de la otra empresa competidora y realizando actos positivos de descodificación de este último producto ante almacenes de cadena, actos estos que fueron suficientemente comprobados en el trayecto investigativo.

2.5. Respecto de la prueba del contrato suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda.

Manifiesta el recurrente que en la providencia que cuestiona se advierte que no existe pruebas del contrato suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda., pero que, en el considerando que cita se considera como prueba relevante dicho contrato.

Sobre el particular es necesario precisar que si bien no se acreditó el documento contentivo del acuerdo inicial suscrito en el año 94 entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda. y de allí que en la resolución se haga referencia no solo a la copia de diversos "Bill of Lading" referentes a distintas

⁷ El día 4 de julio de 2000, el representante legal de American Friction Lube, Jairo Gutiérrez de Piñeres se presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de responder el interrogatorio de parte que le fuera formulado. Las siguientes son algunas de las preguntas formuladas y respuestas recibidas:

"PREGUNTA 6: En este momento que relación tiene con Motorkote Inc.?"

RESPUESTA: En este momento no tengo relación alguna. En este momento tengo una demanda contra Motorkote Inc., en el Estado de Michigan.

pregunta 11: El despacho muestra al declarane una fotografía que consta en el folio 28 del cuaderno 2 del expediente a efectos que nos diga si esta corresponde al stand que American Friction tenía en la Feria del Automóvil de la ciudad de Santafé de Bogotá?

RESPUESTA: Correcto.

PREGUNTA 12: Para la fecha de la fotografía era American Friction distribuidor de Motorkote?

RESPUESTA: Para la fecha era distribuidor de Motorkote de acuerdo al contrato.

PREGUNTA 16: Desde qué momento American Friction comenzó su relación comercial con la compañía Muscle Products Corporation?

RESPUESTA: La compañía Muscle Products Crporation se comunicó con American Friction en el año de 1998, más o menos en el segundo semestre de ese año a raíz de problemas entre Muscle Products y Motorkote. (...)

PREGUNTA 21: Autorizó Motorkote Inc. a American Friction Lube para utilizar la marca "Superkote 2000"?

RESPUESTA: No señor."

Por la cual se resuelve un recurso

remisiones del producto de Motorkote Inc a American Friction Lube Ltda. así como de la copia del contrato de distribución suscrito entre American Friction Lube Ltda. y Plus Representaciones Ltda. en el año de 1998. Por otra parte la existencia de dicho acuerdo contractual no solo es un hecho admitido desde su escrito inicial de descargos⁸ tal como se señaló en apartes anteriores por American Friction Lube Ltda. sino aceptado por su contraparte.

2.6. Respetto del Acuerdo Conciliatorio celebrado ante la Corte Distrital del Estado de Michigan

Según American Friction Lube Ltda. las diferencias existentes entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda. llevaron a que las partes celebraran un acuerdo conciliatorio ante la Corte Distrital del Estado de Michigan.

Es de anotar que dentro de la investigación no aparece la prueba documental respecto del acuerdo conciliatorio mencionado. En tal virtud, no es posible valorar en este estado de la actuación las circunstancias y condiciones en que se hubiera celebrado tal acuerdo.

Ahora bien, como lo ha venido sosteniendo esta Superintendencia, no le compete a la misma dirimir conflictos relacionados con diferencias surgidas entre los extremos de una relación de tipo contractual resultando relevante en el caso en estudio, únicamente, el hecho mismo de la ruptura presentada mediante la invocación del incumplimiento presentado de parte de American Friction Lube hacia Motorkote Inc. acorde con la cláusula contenida en el contrato de distribución suscrito entre aquellas sociedades y que ya ha sido mencionado en otros apartes de esta providencia.

2.7. Respetto de la imprecisión de unos avisos publicitarios

Como bien lo señala el recurrente, al analizar los avisos ordenados por American Friction Lube Ltda. para anunciar en la Feria del Automóvil que "Motorkote 100" lo invita al lanzamiento del producto "Superkote 2000", esta Superintendencia estimó que aquellos eran imprecisos, pues de una parte se trataba nada más ni nada menos del hecho que, el producto "Motorkote 100" resultara "invitando" al lanzamiento o presentación en sociedad de su producto competidor, "Superkote 2000". Adicionalmente, American Friction Lube Ltda. aparecía en aquellos avisos anunciándose como "distribuidor exclusivo para Colombia y Latinoamérica de sus productos "Motorkote 100" y "Superkote 2000", todo lo cual se estimó susceptible de generar una evidente confusión en el público respecto de dos productos que compiten por un mismo mercado. Adicionalmente, American Friction Lube Ltda. ordenó una serie de publicaciones en diarios nacionales anunciando la evolución de Superkote, mostrando en un mismo aviso publicitario la impresión tachada de los recipientes de "Motorkote" al lado del recipiente de "Superkote" en un mayor tamaño, generando así confusión entre el público consumidor.

Manifiesta también el recurrente que los hechos que acaban de mencionarse ocurrieron debido a que American Friction Lube Ltda. "tuvo en parte del año de 1998, la distribución conjunta de dos productos: Motorkote 100 y Superkote 2000" por lo que podía en ejercicio de su autonomía publicitar los dos productos. Sin embargo, a juicio de este Despacho en este caso ello no resulta ser así pues para la época de realización de la Feria del Automóvil, noviembre de 1998, se había ya producido la ruptura contractual para la distribución del producto "Motorkote" entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda., de acuerdo con las razones, en las circunstancias y por los antecedentes que lo suscitaron, tal como quedó expuesto en los numerales anteriores.

⁸ En el folio 1 del escrito de descargos radicado bajo el número 99024459-26 del 30 de junio de 1999 American Friction Lube manifestó: "... La sociedad American Friction Lube Ltda. y Motorkote Inc. celebraron contrato de agencia comercial desde 1994 por periodos de dos (2) años 1994-1996, 1996-1998, siendo renovado el último contrato en agosto 1 de 1998, es decir hasta agosto 1 de 2000.

En el anexo 2 del escrito con radicación 99024459-50001 del 3 de enero de 2002, por medio del cual se interpuso el recurso que ahora se resuelve, American Friction Lube manifestó "En julio 29 de 1994, American Friction Lube Ltda. firmó contrato de distribución exclusiva para vender productos antifricción Motorkote 100 en Colombia, con el señor David Persell presidente de Motorkote Inc. en los Estados Unidos", anexando copia del contrato que cita así como de sus prórrogas.

Por la cual se resuelve un recurso

2.8. Respetto del aviso en el cual se anunciaba "La evolución de Superkote"

Según la sociedad American Friction Lube Ltda. lo que se pretendió con la publicación de los susodichos avisos era indicar la procedencia de la fórmula "MT-10" del producto que se comercializaba por Motorkote Inc. y el cambio de la fórmula a un nuevo producto que se comercializaba por parte del productor de la fórmula "MT-10", es decir de Muscle Products Corporation, lo cual no es algo nuevo para este Despacho pues sobre este aspecto ya nos habíamos referido en la resolución final. Tal como se señaló en aquella ocasión, el producto "Motorkote 100", ha estado por varios años en el mercado y durante este tiempo ha sido irrelevante para el usuario cuál ha sido la fórmula utilizada toda vez que como se señaló en aquella providencia "se trata de información que tradicionalmente no era objeto de divulgación publicitaria durante este tiempo." Volviendo sobre lo dicho en aquel entonces, repetiremos aquí que tal conducta evidentemente es susceptible de generar confusión en el público entre dos productos competidores.

2.9. Respetto de la notificación a los Almacenes Olímpica sobre el cambio de nombre o marca de los productos Motorkote 100 por Superkote 2000"

Según lo expuesto por American Friction Lube Ltda. en su recurso, "es posible, lógico, jurídico y legal que dicha sociedad hiciera publicidad de ambos productos (Superkote 2000 y Motorkote 100), que pudiera solicitar código de barras para el producto Superkote 2000 ..." y que no puede mencionarse que conocía que dos días después le iba a ser terminado en forma unilateral el contrato de distribución pues esto es futurología de difícil conocimiento."

Aunque si bien no es posible determinar haciendo gala de conocimientos sobre futurología u otras ciencias ocultas sobre hechos que con certeza puedan sobrevenir "a posteriori", resulta por decir lo menos, desconcertante, que una sociedad que se predica distribuidora de ambos productos realice las gestiones tendientes a que un producto que se ha venido comercializando durante varios años en el mercado desaparezca de los estantes en este caso, de los Almacenes Olímpica. Porque lo que sí es claro, es que, una vez remitida la etiqueta y el código de barras del producto "Superkote 2000", con la advertencia de que se había presentado un cambio en el nombre del producto "Motorkote 100", la consecuencia obvia era el cese inmediato de la comercialización de dicho producto en la cadena de los Almacenes Olímpica.

La conducta desplegada por esta sociedad, a todas luces no podía conducir a que el producto "Motorkote 100" continuara comercializándose en Olímpica sino por el contrario, a que dicha comercialización fuera suspendida o mejor, sustituida por la del producto "Superkote 2000" cuyo contrato de distribución había firmado poco antes American Friction Lube Ltda. con la sociedad Muscle Products Corporation.

2.10. Respetto de la prueba de la terminación del acuerdo de distribución suscrito entre Motorkote Inc. y American Friction Lube Ltda.

Pese a lo señalado por la sociedad American Friction Lube Ltda. en cuanto que "no existe prueba en el expediente de una terminación en la fecha sugerida por Motorkote Inc.", obra dentro del expediente traducción oficial del siguiente documento que en su parte pertinente reza:

"OCTUBRE 1. 1998

JAIRO GUTIÉRREZ DE PIÑERES
AMERICAN FRICTION LUBE, LTDA. (sic)

ESTIMADO SEÑOR PIÑERES:

DE ACUERDO A LAS CONVERSACIONES TELEFÓNICAS, CONFERENCIAS DE OFICINA Y MÚLTIPLES CARTAS ENTRE SU COMPAÑÍA Y MOTORKOTE INC. ES NUESTRA OPINIÓN DE QUE (sic) UD. CLARAMENTE HA VIOLADO EL ACUERDO DE AGENCIA EXCLUSIVA CON MOTORKOTE INC. DEBIDO A ESTA VIOLACIÓN EL CONTRATO SUSCRITO ENTRE UD(S) Y DAVID PERSEL SE DECLARA ANULADO.

Por la cual se resuelve un recurso

TAMBIÉN DEBIDO A SU VIOLACIÓN SE DECLARAN ANULADOS TODOS LOS CONTRATOS ADICIONALES ENTRE MOTORKOTE, INC. Y LAS COMPAÑÍAS QUE COMPRABAN MOTORKOTE 100 A TRAVÉS DE AMERICAN FRICTION LUBE LTDA.

SU VISITA A LOS ESTADOS UNIDOS PARA ENCONTRARSE CON DR. DAVID PERSEL YA NO ES NECESARIA Y, MOTORKOTE, INC. CONTINUARÁ BUSCANDO RUTAS COMERCIALES DISPONIBLES PARA ESTABLECER COMPRADORES PARA MOTORKOTE 100.

SINCERAMENTE,

KENNETH L. O'DEEN

KLO:CK

ESTADO DE MICHIGAN

CONDADO DE EATON

SUSCRITO Y JURAMENTADO ANTE MÍ EL DÍA 15 DE OCTUBRE DE 1998.

KAROL KAIN, NOTARIO PÚBLICO - EATON COUNTY, MICHIGAN"

El documento que acaba de citarse fue aportado como anexo al escrito radicado bajo el número 99824459-0 que constituye el escrito de la denuncia formulada por la sociedad Motorkote de Colombia Ltda. en contra de la sociedad American Friction Lube Ltda. De igual modo, obra copia del escrito original y su traducción, aportados por American Friction Lube con sus descargos tal como quedó consignado en anteriores considerandos.

2.11. Respecto de la explotación de la reputación ajena del producto "Motorkote 100" y de la reputación propia de la sociedad American Friction Lube Ltda.

Según lo manifiesta American Friction Lube Ltda. en su recurso, dicha sociedad fue distribuidor exclusivo de los productos "Motorkote 100" y "Superkote 2000" por tener contratos vigentes con cada una de las casas distribuidoras y/o productoras de dichos productos y en consecuencia la publicidad de los dos productos era parte de su estrategia comercial.

El Despacho no comparte tal apreciación dado que la conducta en conjunto desplegada por la sociedad en cuestión no puede interpretarse como de publicidad de los dos productos sino que es evidente, por el contrario, que sus acciones tendieron a obtener que los consumidores del producto "Motorkote 100" se cambiaran al producto competidor "Superkote 2000", a partir de la publicidad desplegada tanto en los avisos aparecidos en periódicos, como de los avisos colocados durante la realización del evento "Feria del Automóvil" y la decodificación del producto "Motorkote 100" en la cadena de Almacenes Olímpica. Estos hechos no pueden asumirse como publicidad favorable a "Motorkote 100."

Por otra parte afirma el recurrente que la reputación no solo corresponde a un producto sino también de quien lo acredita, en este caso American Friction Lube Ltda. por haberlo comercializado durante varios años. Frente a lo anterior, cabe señalar que si bien es cierto la sociedad American Friction Lube Ltda. puede poseer su propia reputación, de lo que aquí se trata es de la explotación de la reputación de un producto, "Motorkote 100", que es el producto que se demostró en la investigación, es conocido por los consumidores independientemente del distribuidor en favor de un producto competidor, en el caso que nos ocupa, "Superkote 2000" como se expuso ampliamente en la resolución de terminación.

2.12. Respecto de los actos desleales imputados a la sociedad Motorkote de Colombia Ltda.

Argumenta American Friction que Motorkote de Colombia indujo la ruptura o terminación del acuerdo suscrito entre Motorkote Inc. y la citada sociedad.

Por la cual se resuelve un recurso

Pues bien, de acuerdo a la comunicación de octubre 15 de 1998, dirigida por Motorkote Inc. a American Friction Lube cabe recordar que Motorkote Inc. fue categórico en manifestar al señor Jairo Piñeres de American Friction, que buscaría otros compradores para su producto:

: "...SU VISITA A LOS ESTADOS UNIDOS PARA ENCONTRARSE CON DR. DAVID PERSEL YA NO ES NECESARIA Y, MOTORKOTE, INC. CONTINUARÁ BUSCANDO RUTAS COMERCIALES DISPONIBLES PARA ESTABLECER COMPRADORES PARA MOTORKOTE 100."

Es un hecho claro que, con independencia de cuales fueron las razones que lo hubieran movido a ello, American Friction Lube tomó la determinación de efectuar pedidos al antiguo maquilador de Motorkote Inc. motivo por el cual Motorkote Inc., a su vez tomó la determinación de invocar la prohibición ya mencionada contenida en el contrato suscrito con American, de contactar directamente al fabricante o planta de fabricación. Estando expresamente señalado en el contrato que "tal contacto no autorizado constituye una base para la terminación de este contrato". Con base en tal invocación Motorkote Inc. comunicó a American su determinación.

Para la fecha de este hecho, octubre 15 de 1999, Motorkote de Colombia no se había constituido y como tal no había nacido a la vida jurídica. En razón de lo anterior, no pueden atribuírsele responsabilidades a una sociedad que para entonces no existía.

La sociedad Motorkote de Colombia se constituyó en noviembre de 1998, esto es, con posterioridad al hecho mencionado ocurrido en octubre 15 del mismo año.

Por otra parte, resulta lógico en cierta medida que Motorkote Inc. seleccionara entre quienes tuvieran algún conocimiento o experiencia con el producto Motorkote, la sociedad que continuara en adelante con la distribución.

Finalmente cabe aclarar que las referencias que se hicieran en la resolución recurrida en cuanto al producto "Superkote 100" hacen en realidad referencia al producto "Motorkote 100", debiéndose a un error de transcripción o tipografía tal señalamiento y resultando entonces que los comentarios referidos al producto Superkote 100 realmente hacen referencia al producto Motorkote 100.

2.13. Respecto de los actos de descrédito atribuidos a Motorkote

Tal como ha quedado señalado, los actos de descrédito que American Friction atribuye a Motorkote de Colombia se fundamentan en correspondencia remitida por la sociedad Plus Representaciones Ltda. Esta sociedad no se encuentra vinculada a la investigación y en todo caso, se trata de otra sociedad, diferente de Motorkote de Colombia que sí se encuentra vinculada a la investigación.

Como consecuencia de lo anterior, no puede atribuírsele responsabilidad alguna a Motorkote de Colombia por actos o hechos atribuibles a una tercera sociedad ajena a la investigación.

2.14. Respecto de la marca Motorkote

Señala el actor que durante el trámite del proceso de competencia desleal, mediante resolución de marzo 30 de 2001 se confirmó la resolución que negó el registro de la marca Motorkote, por ser similarmente confundible con la marca Superkote.

Frente a lo anterior, como ya se había mencionado en la resolución recurrida, es necesario anotar que la infracción que se encontró probada, no hace referencia al segundo inciso de la norma referente a signos distintivos como las marcas, sino a la primera parte del artículo 15 de la ley 256 de 1996, referente al aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Por la cual se resuelve un recurso

Como se expuso en la resolución que ahora se recurre, se pudo determinar en el transcurso de la investigación, que sí se presentaron actos que dieron lugar a una indebida explotación de la reputación ajena si tenemos en cuenta que American Friction se valió de la utilización de publicidad que produjo confusión entre el público consumidor y utilizó para su propio beneficio el prestigio adquirido por el producto "Motorkote 100" como la comercialización del mismo en grandes almacenes de cadena.

2.15. Respecto de la posible ilegalidad de la sanción impuesta a la sociedad American Friction Lube Ltda.

Citando apartes de la sentencia C-649 de 2001, el recurrente solicita se revoque la sanción por considerarla ilegal por cuanto considera que esta Superintendencia no se encuentra facultada para imponer en el trámite jurisdiccional de competencia desleal, multas o sanciones pecuniarias como la impuesta a American Friction Lube Ltda.

Al respecto este Despacho desea precisar que la sentencia mencionada tiene efectos a partir del 11 de septiembre de 2001 y su contenido es aplicable exclusivamente a las investigaciones abiertas a partir de esta fecha, por expresa disposición en ella contenida. En tal sentido, las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal tienen origen en la ley 446 de 1998, se trata de una función de carácter policivo y que permite a la Superintendencia en ejercicio de las función prevista en el artículo 4º, numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, "Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre Promoción de la Competencia de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto." El contenido de la sentencia no es aplicable a casos iniciados con anterioridad y que se encuentren en curso.

En cuanto al monto de la multa que en subsidio el recurrente solicita se disminuya, este Despacho considera que ello no procede toda vez que el monto de la sanción impuesta se fijó una vez analizadas las conductas investigadas y consideradas las circunstancias y modalidad de ejecución de las conductas que dieron origen a la misma a efectos de determinar el monto de la sanción.

Por otra parte el Despacho considera conveniente aclarar, como arriba se indicó, que la multa en cuestión corresponde simplemente a una sanción impuesta en ejercicio de las facultades policivas con que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio y tienen su fundamento en el Decreto 2153 de 1992 y que ésta, en modo alguno guarda relación de causalidad con factores tales como los posibles perjuicios económicos o de cualquier otra índole recibidos con ocasión de, o acarreados por la o las conductas objeto de sanción.

2.16. Respecto de la posible nulidad de la actuación surtida a partir del informe motivado

Según American Friction Lube Ltda. la Superintendencia procedió a resolver en la resolución que se impugna la solicitud de nulidad formulada el 24 de abril de 2001, insinuando que se trata de un nuevo incidente diferente al planteado el 17 de noviembre de 2000.

Este Despacho no comparte lo argumentado por el recurrente toda vez que como se señaló en la resolución que puso término a la investigación, el planteamiento en torno a la posible nulidad con fundamento en que esta Superintendencia no convocó a una audiencia de conciliación estando a juicio de American Friction Lube Ltda. en obligación de hacerlo y que no se elaboró un solo informe que cobijara las investigaciones abiertas mediante resoluciones 9547 de 1999 y 2232 de 2000 había sido ya resuelto por esta Superintendencia mediante oficio 99024459-00030002-30003. No siendo posible plantear repetidas veces una posible solicitud de nulidad sobre unos mismos puntos el tema había sido ya resuelto mediante la comunicación que acaba de citarse.

Por la cual se resuelve un recurso

En aras de mayor claridad sobre el punto de la pretendida nulidad argumentada por American Friction Lube Ltda. vale señalar que si bien el "informe motivado" de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 correspondiente a la investigación por competencia desleal radicada bajo el número 99024459 y en la que se encuentran involucradas las sociedades American Friction Lube Ltda. y Motorkote de Colombia Ltda. se presentó materialmente en dos cuerpos en los cuales se hizo referencia, en su orden, a las investigaciones abiertas mediante resoluciones 9547 de 1999 y 2232 de 2000, ambos documentos guardan unidad "ideológica" y se refieren a la totalidad de los aspectos sobre los cuales se ordenó investigar en una y otra resoluciones. Por lo demás, los textos aludidos son coherentes entre sí, corresponden a la misma radicación y no pusieron fin a la actuación adelantada por la entidad.

Con respecto a la audiencia de conciliación a que se refiere el artículo 101 de la ley 446 de 1996, también vale anotar que las facultades jurisdiccionales para conocer de asuntos en materia de competencia desleal de que se encuentra revestida la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con el artículo 143 de la ley 446, son ejercidas siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. El procedimiento a seguir está señalado en una norma especial y ésta no prevé la celebración de audiencias de conciliación, de donde su eventual convocatoria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio resultaba improcedente en el curso de cualquier investigación por competencia desleal que aquí se adelantaba.

Por otra parte, la audiencia de conciliación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 640 de 2001, es un trámite que es obligatorio surtir a partir del 5 de enero de 2002, fecha en que entró a regir dicha ley, no siendo por tanto procedente su convocatoria para investigaciones iniciadas con anterioridad.

2.17. Respecto de la improcedencia de los recursos de apelación contra las decisiones proferidas por el Superintendente de Industria y Comercio

En relación con la no procedencia del recurso de apelación, este Despacho se pronuncia así:

2.17.1 Facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal

▪ Consideraciones generales

Antes de la promulgación de la ley 446 de 1998, solucionar los conflictos entre particulares relacionados con competencia desleal y resolver sobre la indemnización de perjuicios consecuentes eran competencia exclusiva de los jueces civiles del circuito o especializados de comercio, según el caso. A partir de la vigencia de dicho ordenamiento, el conocimiento de las diferencias entre particulares por actos de deslealtad en la competencia, también es de la Superintendencia de Industria y Comercio⁹ y esta misma autoridad tiene, además, la responsabilidad administrativa de velar por la observancia de esas disposiciones.

▪ Administrativamente

En efecto, con la expedición de la ley 446 de 1998 se le confirieron a la Superintendencia de Industria y Comercio las mismas atribuciones de que dispone en materia de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal.¹⁰ De conformidad con lo señalado en el decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Entidad velar por la observancia de las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas¹¹ y para ello, cuenta con las

⁹ Artículo 147 ibidem, la "Superintendencia o el juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata ésta parte."

¹⁰ Artículo 143, ley 446 de 1998

¹¹ Artículo 2 numeral 1, decreto 2153 de 1992: "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

Por la cual se resuelve un recurso

facultades de adelantar investigaciones,¹² ordenar la terminación de conductas ilegales¹³ e imponer las sanciones que corresponda por el incumplimiento de las normas.¹⁴ En esa medida, la función es administrativa.

- Jurisdiccionalmente

Sin embargo de lo resumido en el número anterior, para proteger los intereses individuales del competidor y de otros posibles afectados, el legislador señaló el carácter jurisdiccional, adicional, que revestirían las funciones otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, al disponer, en el artículo 148: "Los actos que dicten las Superintendencias en uso de estas facultades jurisdiccionales (...)".¹⁵

Esa labor jurisdiccional ha sido definida como "la función pública de administrar justicia mediante un proceso".¹⁶ Consiste, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en "la facultad de administrar justicia por parte de un órgano del Estado, con el fin de declarar o reconocer el derecho mediante la aplicación de la Constitución y la ley."¹⁷

- Respecto de la atribución "compartida"

No es acertada la interpretación que se ha formulado ante esta Superintendencia que implicaría que el recurso de reposición contra la decisión definitiva lo debe avocar el Superintendente y el de apelación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La atribución de resolver jurisdiccionalmente los casos de competencia desleal es concurrente, en cuanto jueces y Superintendencia pueden asumirla. Pero esa concurrencia no implica compartir el conocimiento de actuaciones concretas.

Una superposición de las alternativas, en la cual una vez agotado el trabajo de esta Entidad entraría a funcionar la jurisdicción civil, va en contravía precisamente del mandato normativo señalado en el artículo 147 de la ley 446 de 1998 y del concepto mismo de conocimiento a prevención. El tipo de conocimiento descrito hace que una de las 2 jurisdicciones deba asumir el asunto de competencia desleal.¹⁸ La que haya conocido primeramente previene a la otra de su conocimiento.

normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados (...)".

¹² Artículo 2 numeral 1 del decreto 2153 de 1992: "(...) atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia(...)"

Artículo 4 numeral 10: "Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas (...)"

¹³ Artículo 4 numeral 13 ibídem

¹⁴ Artículo 2 numeral 2: "Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia (...)"

¹⁵ Artículo 148 inciso 2, ley 446 de 1998. Esto fue reafirmado con la expedición de la ley 510 de 1999.

¹⁶ López Blanco, Hernán Fabio, "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano", página 68.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-037/96, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁸ El concepto "a prevención" consiste en que cuando dos o más tribunales son competentes para entender en un mismo asunto (causa, litigio), el que conoce antes se convierte en competente exclusivo y excluyente a los demás. Prevenir, del latín *praeventione*, significa ver antes, conocer antes que otro. Couteure, en su vocabulario jurídico define la prevención como la "situación jurídica en que se halla un órgano del poder judicial, cuando ha tomado conocimiento de un asunto antes que los otros órganos, también competentes, y que por ese hecho dejan de serlo". (...) Algunos autores la estudian como un fenómeno de prórroga de competencia, en realidad es una aplicación del principio de *perpetuatio jurisdictionis*." Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, Págs 170-171.

Por la cual se resuelve un recurso

Ahora bien, es obvio que la prevención debe predicarse en su totalidad y no parcialmente. Por consiguiente, no tendría sentido que esta Superintendencia de Industria y Comercio tenga atribuciones y facultades para asuntos de competencia desleal, a prevención de los jueces ordinarios, pero que éstos, deban asumir la parte final del proceso, resolviendo recursos de apelación de las decisiones que ponen fin al trámite.

Una conclusión de esa naturaleza, además, haría perder los propósitos que se quisieron con la ley 446. No se descongestionarían los despachos judiciales¹⁹ porque los casos regresarían a esos jueces; no se obtendrían las ventajas de un "juez" especializado, en la medida que la resolución del experto sería re-analizada por el tribunal de conocimiento general y no se acortarían los tiempos de decisión, toda vez que el expediente, una vez resuelto tendría que "hacer fila" en el tribunal correspondiente.

- Particularidades de los 2 trámites
- Debido proceso y derecho de defensa

Lo dispuesto en el artículo 147 de la ley 446 implicó la creación de una vía alterna de acceso a la justicia en casos de competencia desleal en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio pero conservando la competencia que ya tenía la jurisdicción ordinaria. También es adecuado a derecho concluir que en razón a la naturaleza jurisdiccional tanto en la investigación que adelante el juez, como en la que lleve a cabo la Superintendencia de Industria y Comercio se deben observar los principios constitucionales sobre derecho de defensa y debido proceso.

Pero, de esa verdad no puede concluirse que en ambos casos deban seguirse exactamente los mismos pasos y procedimientos. No, lo que se deduce de esa afirmación es que, al momento de evaluarse la constitucionalidad de los 2 procedimientos ambos deben cumplir con esos estándares mínimos pero, a su modo y en sus propios términos.

Sobre ese particular debemos llamar la atención en el sentido que la Corte Constitucional ya lo hizo, sobre que la doble instancia no es parte integral de las referidas garantías y que el artículo que ahora se estudia resulta adecuado a la Carta aún con prescindencia de esa posibilidad de revisión por parte de un "superior".²⁰

- Derecho a la igualdad

La existencia de 2 alternativas procedimentales para hacer valer un mismo derecho no ataca el derecho a la igualdad. Ciertamente, como lo han sostenido en diversas oportunidades los máximos tribunales, la igualdad se predica de quienes deben recibir trato análogo por estar en supuestos de hechos paralelos.²¹

¹⁹ En la exposición de motivos de la ley 446 de 1998 se señaló:

(...) Este proyecto, tal como se desprende de su epígrafe, no solo propende por la descongestión de los despachos judiciales como presupuesto de una mayor eficiencia del sistema de administración de justicia, sino que, en adición persigue, a través de sus disposiciones, un mayor acceso a la misma, mediante la reglamentación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y atribución de facultades jurisdiccionales a las Superintendencias".

"En la parte IV. Del acceso y la eficiencia en materia comercial y financiera. El proyecto desjudicializa funciones y las radica en cabeza de autoridades administrativas que por su carácter técnico son idóneas para resolver algunas contenciones, de tal suerte que, las labores de dichas entidades, que frecuentemente se veían entrabadas por la necesidad de pronunciamientos judiciales para su desarrollo, ahora son resueltas por ellas mismas".

²⁰ Sentencia 384/2000 de la Corte Constitucional

²¹ Con respecto al asunto planteado, la Corte Constitucional, en sentencia C-384/2000, dentro del expediente D-2559, D-2574 y D-2586, expresó: " Desde este punto de vista, la Corte encuentra que la norma bajo examen, en cuanto se refiere a la importancia de recursos, se ajusta a los mandatos superiores. En efecto, la libertad configurativa del legislador se ha ejercido

Por la cual se resuelve un recurso

Con la claridad que hicimos en los párrafos inmediatamente anteriores, es evidente que si se opta por una u otra alternativa instrumental y dada la constitucionalidad de ambos procedimientos, lo que los ciudadanos pueden demandar es trato igualitario al que se le ofrece a los demás que opten por esa vía, sea la de los jueces o la de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Dos trámites para una misma ley sustancial

Tampoco es aceptable el argumento que se ha esgrimido ante esta Superintendencia de que se debe llegar a la necesidad de la segunda instancia en razón a que en los 2 trámites se ventila una misma ley sustancial, la 256 de 1996.

La apelación que se contempla en el caso de los juicios que se adelanten ante los jueces no es particular para los casos de competencia desleal, sino una implicación, de contera, por haberse dicho que las demandas se llevarían por la vía de los abreviados.²² En cambio, que en los casos que se traigan a la Superintendencia de Industria y Comercio se siga el mismo procedimiento que en las investigaciones por infracciones a las disposiciones de antimonopolios, en el que no hay apelación, fue voluntad expresa del legislador.²³

En el anterior orden de ideas, si bien es cierto que la ley 446 de 1998 creó otra vía para que los afectados por actos de competencia desleal accedieran a la justicia, conservándose la vía jurisdiccional ordinaria, no lo es que se hayan asimilado los trámites que se adelantan en la Superintendencia de Industria y Comercio a los de los jueces ordinarios.

El hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio tenga asignadas funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal no implica en absoluto que todos los trámites para el efecto sean de naturaleza jurisdiccional²⁴ y deban asimilarse a los que se siguen en la ruta de los jueces ordinarios.

acudiendo a criterios que hacen referencia a situaciones procesales particulares y diferenciadas de cualquier otra, por lo cual el principio de igualdad resulta respetado."

²² El artículo 24 de la 256 de 1996 establece que los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el código de procedimiento civil. El artículo 350 del código de procedimiento civil dispone que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

²³ Artículo 144 de la ley 446 de 1998: Facultades sobre competencia desleal. En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas..."

²⁴ En relación con éste punto es preciso aclarar que el artículo 143 de la ley 446 de 1998 dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. A su turno, el artículo 144 de la misma ley determinó que en las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia seguirá el mismo procedimiento para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Las atribuciones y el procedimiento al cual remitieron las normas antes citadas está contemplado en el decreto 2153 de 1992 para el caso que nos ocupa que faculta a la Superintendencia para hacer averiguaciones preliminares (artículo 11.1 y 11.3, concordantes con el artículo 52 vigente para la fecha de la presente investigación) adelantar investigaciones (artículo 11.4) imponer sanciones pecuniarias (artículo 2.2 y 2.15) etc. El artículo 52 señaló el procedimiento para determinar la existencia de infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y estableció en el último párrafo que "en lo no previsto en éste artículo se aplicará el código contencioso administrativo." En éste último evento, por ejemplo, se aplica lo referente a la improcedencia del recurso de apelación contra las decisiones del Superintendente contenida en el artículo 52 del código contencioso administrativo.

Como se puede evidenciar sin dificultad alguna, la facultad de averiguación preliminar de la denuncia presentada en casos de competencia desleal, así como la facultad de imponer sanciones pecuniarias a los infractores de las normas contenidas en la ley 256 de 1992 son de la esencia de los entes administrativos y de éstas funciones no participan los jueces ordinarios. Este planteamiento demuestra que los trámites de la Superintendencia en materia de competencia desleal son a todas luces diferentes a los de la jurisdicción ordinaria. Es obvio que el Tribunal Superior del Distrito Judicial, de acogerse la teoría del

Por la cual se resuelve un recurso

Precisamente las particularidades que ostenta el trámite que se surte ante ésta Superintendencia y que lo hacen diferente del de la jurisdicción ordinaria hacen que el legislador haya creado ésta nueva vía. Pretender que sean análogos los trámites haría sin sentido el propósito del legislador de descongestionar los despachos judiciales y hacer mas expeditas las actuaciones, como mas adelante se expone.

- Posición de la Corte Constitucional

En relación con el tema que nos ocupa, al declarar la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999, la Corte Constitucional expresó:²⁵

“Con fundamento en lo preceptuado por el artículo 30 superior, según el cual toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, la Corte ha sentado una clara jurisprudencia que sostiene que, a menos que la Constitución expresamente disponga otra cosa (como cuando indica que toda sentencia condenatoria puede ser impugnada, o que las decisiones adoptadas por la vía de la acción de tutela podrán impugnarse ante el juez competente) es facultad del legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y en cuáles no.

“(…) El principio general que rige la materia es, entonces, el de la autonomía del legislador para indicar cuando procede un determinado recurso.”

“(…) Cuando a la Corte le corresponde, como en el caso presente, revisar la constitucionalidad de una disposición que determina la procedencia o improcedencia de ciertos recursos, o de todos ellos, respecto de una determinada decisión de carácter jurisdiccional, debe cerciorarse de que la facultad legislativa para configurar libremente los procesos y las instancias, se haya ejercido sobre la base de criterios que no sean contrarios a los postulados o mandatos constitucionales.”

“Desde este punto de vista, la Corte encuentra que la norma bajo examen, en cuanto se refiere a la improcedencia de recursos, se ajusta a los mandatos superiores. En efecto, la libertad configurativa del legislador se ha ejercido acudiendo a criterios que hacen referencia a situaciones procesales particulares y diferenciadas de cualquier otra, por lo cual el principio de igualdad resulta respetado.”

“(…) Las funciones jurisdiccionales que ejercen las superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la Rama Judicial; antes bien existen justamente para adelantarse respondiendo a principios propios, en circunstancias diversas de aquellas en las cuales se administra justicia de manera ordinaria, similarmente con lo que sucede con la justicia arbitral. Así, aunque en ciertos casos un mismo litigio pueda hacer llevado a conocimiento bien de tales Superintendencias o bien de la justicia ordinaria, como sucede, por ejemplo en el caso del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 modificado por el artículo 52 de la ley 510 ahora bajo examen, lo cierto es que justamente lo que el legislador ha querido es facilitar un mecanismo procesal diferente, por lo cual las particularidades con las que lo reviste son igualmente distintas. (Destacamos) Por esa razón, la previsión contenida en la disposición que se examina según la cual en este tipo de procesos no cabrá la interposición de recurso alguno, salvo los expresamente mencionados, no vulnera la Constitución.”

recurrente, al resolver el recurso de apelación contra la providencia de la Superintendencia que sancionó a Comcel y declaró la violación de los artículos 8 y 18 de la ley 256 de 1992, no podría pronunciarse sobre dicha sanción que es de índole meramente administrativa.

²⁵ Sentencia C-384/2000

Por la cual se resuelve un recurso

- Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia²⁶

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que "los actos de la Superintendencia de Industria y Comercio que aquí se cuestionan, revisten carácter jurisdiccional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 143, 144, 147 y 148 de la ley 446 de 1998 (el último modificado por la ley 510 de 1999, art. 52), en concordancia con el artículo 116 inciso tercero, de la Carta Política, lo que significa que la aludida entidad administrativa ha obrado como un verdadero administrador de justicia, función pública ésta que de acuerdo con el artículo 228 de dicho ordenamiento superior, **es independiente, autónoma y desconcentrada.**" (resaltamos)

- Ubicación del Superintendente en el mismo nivel jerárquico del juez de la jurisdicción ordinaria

Se ha esgrimido antes esta Superintendencia que lo que hizo el legislador en el artículo 147 de la ley 446 de 1998 fue ubicar al Superintendente en un mismo plano, en un idéntico nivel de jerarquía del juez ordinario en cuanto a las atribuciones para conocer de los asuntos inherentes a competencia desleal y que, por lo tanto, si están en el mismo nivel jerárquico es procedente el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para el caso bajo estudio, ya que es el superior del juez civil del circuito o del juez especial de comercio.

Además de los argumentos expuestos a lo largo de éste escrito para no acceder a ese razonamiento debemos resaltar que si bien es cierto que la ley le otorgó funciones jurisdiccionales administrativas a la Superintendencia de industria y Comercio en asuntos de competencia desleal y que, de ese modo creó otra instancia que antes de su promulgación solo tenían los jueces, ello no implica que el superior jerárquico del Superintendente sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial para efectos del conocimiento del recurso de apelación y del mantenimiento de un principio de igualdad que para nada se ha vulnerado como se demuestra en ésta providencia.

Como se plasmó en la sentencia C-384 de la Corte Constitucional arriba mencionada "(...) **Las funciones jurisdiccionales que ejercen las superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la Rama Judicial; antes bien existen justamente para adelantarse respondiendo a principios propios, en circunstancias diversas de aquellas en las cuales se administra justicia de manera ordinaria, similarmente con lo que sucede con la justicia arbitral. Así, aunque en ciertos casos un mismo litigio pueda hacer llevado a conocimiento bien de tales Superintendencias o bien de la justicia ordinaria, como sucede, por ejemplo en el caso del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 modificado por el artículo 52 de la ley 510 ahora bajo examen, lo cierto es que justamente lo que el legislador ha querido es facilitar un mecanismo procesal diferente, por lo cual las particularidades con las que lo reviste son igualmente distintas.**" (resaltado extra texto)

El mecanismo procesal diferente es el contenido en los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998 y a ellos debemos atenernos en procura precisamente de mantener el principio de legalidad de las actuaciones de ésta Superintendencia. No podemos desbordar nuestras funciones claramente establecidas en la ley y crear una instancia jerárquica superior del Superintendente que la ley no ha creado, so pretexto de que existe un mismo nivel jerárquico entre las 2 jurisdicciones.

En adición a lo anterior, atraería la curiosidad, que si lo que el legislador hubiese querido era crear un "otro juzgado" con jurisdicción sobre casos de competencia desleal porqué no lo hizo, en lugar de acudir a una fórmula tan exótica como una ficción jurídica en la que la Superintendencia de Industria y Comercio lo es? O, si lo que se pretendía hubiese sido que la Superintendencia siguiera los pasos procesales previstos

²⁶ Pronunciamento de la Sala de Casación Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia emitido el 15 de junio de 2000 dentro del expediente No. 11026, con ponencia del magistrado Manuel Ardila Velásquez, al decidir la impugnación formulada por la empresa Servisatélite S.A. contra el fallo del 5 de mayo de 2000, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el trámite de tutela promovida contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por la cual se resuelve un recurso

para los jueces, porqué no indicarlo de esa manera en vez de dar una vuelta tan exagerada como la de prever expresamente un procedimiento especial, dejar un vacío y tener que llenarlo con lo previsto para los procesos abreviados?

2.17.2 Respecto de la apelación del fallo definitivo del Superintendente en ejercicio de su función jurisdiccional en materia de competencia desleal

- Posición doctrinal²⁷
- En términos generales

El debate jurídico que ocupa la atención del Despacho ha girado en torno a la interpretación del párrafo 3 del artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999, que reza:

"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."

Una adecuada y correcta exégesis del texto en mención es que contra las decisiones que profieran las Superintendencias no cabe recurso alguno ante las autoridades judiciales. Empero, la decisión mediante la cual se declaren incompetentes, así como la decisión definitiva tienen recurso de apelación ante las mismas Superintendencias.

Un claro y armónico entendimiento de la norma se produce al leer la norma de la siguiente manera, teniendo en cuenta que cuando el texto normativo se refiere a "las entidades", está aludiendo a "las Superintendencias."

"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 Superintendencias** se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas **Superintendencias**."

²⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en providencia del 15 de junio de 2000, expediente No. 11026, afirmó: (...) En efecto, las medidas cautelares se ordenaron (Por parte del Superintendente de Industria y Comercio) con base en los artículos 8, 18 y 31 de la ley 256 de 1996, exponiendo la accionada un criterio jurídico razonable en torno a la procedencia de las mismas, conforme a los requisitos allí exigidos, en tanto que la sanción en referencia, tuvo como fuente el incumplimiento de las órdenes entonces impartidas ..."

"Por otra parte, el análisis hermenéutico expuesto por el Superintendente de Industria y Comercio para haber impuesto la multa a la accionante, considerando que el desacato a las medidas cautelares constituyó una inobservancia a sus "instrucciones", en los términos consagrados en el artículo 2, numeral 2, del citado decreto 2153 de 1992, al igual que lo relativo a la improcedencia de la prescripción y la no necesidad de convocar al Consejo Asesor, no es arbitrario, ya que se basa en un criterio interpretativo propio de su resorte funcional autónomo, que no muestra arbitrariedad por referirse a un alcance que razonablemente pueden tener los respectivos preceptos legales, circunstancia que coloca por fuera del control del juez constitucional que, según viene de verse, no puede horadar el campo de acción de los otros administradores de justicia. (Resaltado fuera del texto)

El pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia provino de una acción de tutela interpuesta por el apoderado de Visión Satélite S.A., empresa contra la cual se adelanta en ésta Superintendencia un proceso de competencia desleal. El apoderado alegó ante éste Despacho que tanto la multa impuesta a la empresa como la investigación abierta debían revocarse por cuanto había operado la prescripción de la acción establecida en el artículo 23 de la ley 253 de 1996 ya que la empresa denunciante era conocedora de los hechos hacia más de 3 años. Este Despacho interpretó que el fenómeno prescriptivo alegado no había operado pues se estaba en presencia de actos continuados y el término de 3 años "contados a partir del momento de la realización del acto" debía entenderse contabilizado a partir de la finalización de la conducta presuntamente desleal y no desde su iniciación." Como se puede observar de la transcripción, la Corte Suprema de Justicia respaldó el "criterio interpretativo autónomo propio de su resorte funcional autónomo."

Por la cual se resuelve un recurso

Para estar en consonancia con la finalidad de obtener la descongestión de los despachos judiciales,²⁸ el inciso tercero del artículo 148 de la ley 446 de 1998, en su primera parte determinó que los actos que expidan las superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades jurisdiccionales.

El querer del legislador al otorgarle las atribuciones a las superintendencias fue el de no establecer una segunda instancia ante las autoridades jurisdiccionales.²⁹ Empero, consideró que la decisión por la cual las superintendencias se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas superintendencias, entendiéndose que serán apelables los actos definitivos de las superintendencias que sean emitidos por funcionarios diferentes al Superintendente, pues las decisiones de este no son susceptibles de recurso de apelación, conforme al artículo 50 del código contencioso administrativo.

Entendiéndose también, por supuesto, que cabrá la apelación cuando la decisión mediante la cual la respectiva superintendencia se declare incompetente o profiera el fallo definitivo sea dictada no por el Superintendente, sino por un funcionario diferente a éste.

En el caso específico de la Superintendencia de Industria y Comercio, la decisión definitiva de investigaciones por competencia desleal está radicada en cabeza del Superintendente por la remisión expresa que los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998 hacen a las atribuciones y facultades sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Por mandato del artículo 50 del código contencioso administrativo, las decisiones de los superintendentes no son apelables.

Por otra parte, es importante resaltar que el sentido teleológico de la ley fue el de asignarle claramente a determinadas entidades administrativas especializadas funciones jurisdiccionales, descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor celeridad en los procesos.

Además de los argumentos precedentemente expuestos, aceptar la interpretación referente a que el correcto entendimiento del inciso tercero del artículo 148 en cita es que la decisión definitiva es apelable ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial no conjuga los propósitos y finalidades de la ley.

- En el caso de otra Superintendencia

La interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio es coincidente en esta materia con el criterio de la Superintendencia Bancaria, para la que fue adicionado el inciso, que fue plasmado en la resolución 187 de 2000 mediante la cual se estableció el procedimiento para efectos del acceso a la competencia de la Superintendencia en relación con la facultad jurisdiccional que a la misma se atribuye en los términos de la ley 446 de 1998. En el número III. 7 de dicha providencia se establece. "Recursos. De conformidad con lo previsto en el artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999, los actos dictados por la Superintendencia Bancaria en uso de sus facultades

²⁸ En la exposición de motivos de la ley 446 de 1998 se señaló:

"(...) Este proyecto, tal como se desprende de su epigrafe, no solo propende por la descongestión de los despachos judiciales como presupuesto de una mayor eficiencia del sistema de administración de justicia, sino que, en adición persigue, a través de sus disposiciones, un mayor acceso a la misma, mediante la reglamentación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y atribución de facultades jurisdiccionales a las Superintendencias".

"En la parte IV. Del acceso y la eficiencia en materia comercial y financiera. El proyecto desjudicializa funciones y las radica en cabeza de autoridades administrativas que por su carácter técnico son idóneas para resolver algunas contenciones, de tal suerte que, las labores de dichas entidades, que frecuentemente se veían entrabadas por la necesidad de pronunciamientos judiciales para su desarrollo, ahora son resueltas por ellas mismas."

²⁹ El artículo 3 del código de procedimiento civil consagra que los procesos tendrán dos instancias, a menos que la ley establezca una sola, como ocurre precisamente con el artículo 148 de la ley 446 de 1998.

Por la cual se resuelve un recurso

jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales.

▪ Atribución de funciones

Por otra parte, en el precepto en mención no se le señala a dicho Tribunal la competencia para resolver los recursos de apelación. No es procedente que por vía de interpretación analógica se asignen competencias que la ley no les ha conferido expresamente.³⁰

Tampoco por la vía de interpretación es admisible convertir al Tribunal Superior de Distrito Judicial en superior Jerárquico del Superintendente de Industria y Comercio para efectos de avocar un recurso de apelación que por las condiciones especiales del caso que nos ocupa y que se ha analizado ampliamente a lo largo de éste escrito no es viable conceder.

El Consejo de Estado,³¹ al negarse a conocer un recurso extraordinario de revisión presentado contra una sentencia de pérdida de investidura, en razón a que la ley no había determinado ante quien debía tramitarse, manifestó:

"Del examen detenido tanto de la norma que se acaba de transcribir, como de las demás disposiciones de la ley 144 de 1994, se concluye que si bien el legislador consagró el recurso extraordinario "especial" de revisión, no determinó, en cambio, ante cual autoridad judicial debía interponerse, tramitarse y decidirse, es decir que se omitió en la mencionada ley atribuir la competencia respectiva. Tal omisión, como se verá trae consecuencias procesales de la mayor trascendencia. En efecto:"

"Característica inherente de la competencia es la de que ésta se atribuye y modifica por voluntad de la ley, sin que le sea legal o constitucionalmente posible al juzgador asumir, por sí y ante sí, sin respaldo en expresa disposición legal de una determinada acción o recurso".

"En el caso que ahora se examina es evidente que para el conocimiento del recurso extraordinario especial de revisión previsto en el artículo 17 de la ley 144 de 1994 se reguló lo relacionado con el término para interponerlo, las sentencias susceptibles del mismo y las causales que permiten formularlo, pero sin determinar la autoridad que debía conocer de dicha impugnación."

"Así las cosas, ante la omisión referida se considera que en los actuales momentos no puede la Sala Plena del Consejo de Estado entrar a conocer del recurso extraordinario especial de revisión dado que, de una parte, **no existe disposición legal que así se lo permita y, de otra, no puede la corporación por voluntad propia asumir dicho conocimiento en razón de la naturaleza misma de la providencia cuestionada y de las características propias tanto de la impugnación, como del mismo recurso..."**

"Como bien puede entenderse, la omisión legislativa para asignar la competencia y determinar, además, la tramitación del recurso extraordinario especial de revisión tiene serias repercusiones de índole constitucional, legal y procesal, solo regulables mediante la expedición de las normas legales que organicen tales materias. Entre tanto, no podrá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ni ninguna de sus secciones, ni ninguna otra autoridad judicial, conocer de este tipo tan especial del recurso, so pena de contrariar la ley y el derecho, al pretender arrogarse competencia que no le ha sido asignada de manera expresa."

Por las consideraciones anteriores este Despacho debe proceder a confirmar la decisión recurrida negando el recurso formulado.

³⁰ En ese orden de ideas, la interpretación que pretende el inconforme afectaría lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Política, que establece que ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

³¹ Sala Plena del Consejo de Estado, auto del 10 de noviembre de 1994, citado por los apoderados de ETB, Orbitel y Telecom, en oficio 98076472-10000

Por la cual se resuelve un recurso

RESUELVE:

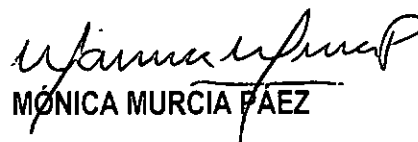
ARTICULO PRIMERO: No reponer la decisión contenida en la resolución 41056 del 6 de diciembre de 2001.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Jaime Humberto Tovar Ordóñez, en su condición de apoderado de American Friction Lube Ltda., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno y que se agotó la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los - 4 MAR. 2002

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctor
JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ
c.c. 79.300.924
Apoderado
AMERICAN FRICTION LUBE LTDA.
Calle 35 n° 7-25, piso 4
Ciudad

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL**

Certifica que la resolución 7561 de fecha 04/03/2002
fue notificada mediante edicto número 7781
fijado el 10/04/2002 y desfijado el 23/04/2002