



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **10697** DE 2002
(01 ABR. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas en el numeral 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 01094433 - 00030005 del 31 de enero de 2001, la doctora Adriana López Martínez, en su calidad de apoderada de la sociedad Industria Electrosonora S.A. SONOLUX S.A., dentro de los términos legales, presentó recurso de reposición contra de la resolución Número 00034 del 10 de enero de 2002, a través de la cual se revoca en todas sus partes la resoluciones No. 38304 y 42134 de 2001, mediante las cuales se decretaron la práctica de unas mediadas cautelares dentro del proceso de la referencia, y se redujo una caución, respectivamente. El objeto del recurso es que revoque la decisión aludida y se otorgue un nuevo plazo al denunciante para allegar la garantía necesaria para la práctica de las medidas cautelares solicitadas, fundamentando su petición de la siguiente manera:

I. SOLICITUD:

1. Que se revoque en su totalidad la resolución No. 0034 del 10 de enero de 2002, por medio de la cual la Superintendente de Industria y Comercio, revoca en todas sus partes la resoluciones No. 38304 y 42134 de 2001, mediante las cuales se decretaron la práctica de unas medidas cautelares dentro del proceso de la referencia, y se redujo una caución, respectivamente.
2. En consecuencia, que la Superintendente de Industria y Comercio, mantenga las resoluciones 38304 y 42134 de 2001 y por medio de resolución motivada, otorgue un nuevo plazo al denunciante para allegar la garantía de las medidas cautelares solicitadas dentro del proceso referido.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento el presente recurso en las siguientes normas:

1. Artículo 29 de la Constitución Política.
2. Ley 256 de 1996.
3. Ley 442 de 1998, artículos 143 y 144.
4. Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.
5. Código de Procedimiento Civil.

III. CONSIDERACIONES

1. Hechos que dan lugar a la interposición del recurso

1. El día 1 de noviembre de 2001, presenté ante la Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura

Por la cual se resuelve un recurso

de Promoción a la Competencia, denuncia por competencia desleal en contra de la sociedad **UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A.**, por haber incurrido en las conductas enumeradas en los artículos 8 y 11 de la Ley 256 de 1996.

2. Dentro de este proceso por competencia desleal de la referencia se solicitó la práctica de las medidas cautelares contempladas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, según se establece dentro de la denuncia en cuestión.

3. Por medio de la resolución No. 42134 de fecha 18 diciembre de 2001, esta Superintendencia, luego de resolver un recurso de reposición contra la fijación de la caución, ordenó a mi poderdante SONOLUX S.A. la constitución de un seguro por valor de cuatrocientos sesenta millones de pesos (\$460.000.000.00) como caución para garantizar el pago de las perjuicios que con ocasión de la adopción de las medidas cautelares solicitadas se puedan causar a la sociedad Universal Music Colombia de Colombia S.A., caución que debía ser prestada a través del una póliza de seguros expedida por una compañía que realice este tipo de operaciones, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución respectiva.

4. De acuerdo con las consideraciones que se establecerán a continuación, a mi poderdante SONOLUX S.A., le fue imposible allegar al expediente, dentro, dentro del término otorgado para ello, la póliza de seguros solicitada como caución para garantizar el pago de las perjuicios que se pudieran ocasionar con ocasión de la práctica de las mediadas cautelares.

5. Como consecuencia de los anterior, antes que venciera el término para allegar la póliza, se procedió a solicitar una prórroga en el plazo para la presentación de la misma; solicitud que fue rechazada (SIC) por la Superintendencia por medio de comunicación del día 2 de enero de 2001, la cual vino ratificar lo dicho de forma verbal por parte de la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia el día en que se radicó dicha solicitud (28 de diciembre de 2001).

La Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la resolución No. 0034 de fecha 10 de enero de 2002, decidió revocar en todas sus partes las resoluciones No. 38304 y 42134 de 2001, mediante las cuales se decretaron la práctica de unas mediadas cautelares dentro del proceso de la referencia, y se redujo una caución, respectivamente.

2. Fundamentos del recurso

Considero que el acto administrativo por medio del cual la Superintendente de Industria y Comercio decidió revocar en todas sus partes las resoluciones No. 34304 y 42134 de 2001, mediante la cual se decretaban la práctica de unas mediadas cautelares dentro del proceso de la referencia, desconoce las circunstancias bajo las cuales estas fueron solicitadas, así como las razones de hecho que tuvo mi poderdante para solicitar la prórroga en el plazo para la prestación de las mismas.

2.1. Imposibilidad de presentar la caución dentro del término otorgado para ello

Tal y como se mencionó en su oportunidad, dentro del memorial de solicitud de un plazo de prórroga adicional para anexar la caución, mi poderdante, SONOLUX S.A., tuvo inconvenientes con las compañías aseguradoras que expiden este tipo de pólizas, ya que éstas desconocen las facultades jurisdiccionales que le fueron otorgadas a esta entidad por virtud de la ley 256 de 1996, por lo que las compañías son bastantes renuentes a prestar la póliza en cuestión, máxime teniendo en cuenta el altísimo valor asegurado requerido. En efecto, después de haber contactado a más de siete Compañías de Seguros, solo una está dispuesta a otorgar dicha caución.

Como consecuencia de lo anterior, fue necesario comunicarse directamente con las compañías para explicar el funcionamiento del procedimiento por competencia desleal que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual resultó bastante tortuoso por el hecho de estar en la temporada navideña, cuando muchas de estas compañías se encuentran trabajando a media marcha, no siendo posible la

Por la cual se resuelve un recurso

comunicación directa con los directivos competentes para expedir estas pólizas de carácter extraordinario, como sucede en el presente caso.

Lo mencionado es aún más relevante si se tiene en cuenta que la resolución que fijó la caución definitiva, fue notificada el día 20 de diciembre de 2001, es decir, en plena temporada navideña, siendo materialmente imposible para mi poderdante la consecución de la póliza en el término exigido para ello, el cual fue de sólo cinco días hábiles, término que resulta excesivamente corto, pudiendo haber sido más prolongado.

Los hechos enunciados determinaron que mi poderdante, SONOLUX S.A., se haya encontrado frente a una imposibilidad absoluta de presentar la caución dentro del término fijado por la Superintendencia, imposibilidad que se constituye en una de fuerza mayor que la exime de culpa en la no presentación de la caución dentro del término señalado. En efecto, según se ha mencionado, para SONOLUX S.A. eran inevitables las causales que le impidieron la consecución de póliza, dado que nunca espero que la fijación definitiva de la póliza se diera en esa fecha; ni que las compañías aseguradoras desconocieran el proceso de competencia desleal; y, que la Superintendencia de Industria y Comercio sólo fijara un plazo de cinco días para presentar dicha caución.¹

SONOLUX S.A. nada pudo hacer para evitar que las compañías de seguros cerraran sus puertas o prestaran sus servicios a media marcha. Así tampoco pudo presionar a las compañías de seguros que decidieron prestar la póliza que agilizarán el trámite de expedición de la misma, por cuanto estas compañías, ante el desconocimiento del proceso dentro del cual se prestaba la garantía, exigían la prestación de contragarantías, presentación para estudio de los estados financieros de **SONOLUX**, y demás datos que prologaban dicho trámite, según las pruebas que se allegan con este recurso.

Quien si pudo haber impedido que mi poderdante no allegara la póliza, fue esta misma Superintendencia, quien no obstante saber la temporada navideña en que nos encontrábamos en aquel momento, decidió otorgar sólo un plazo de cinco días a SONOLUX para allegar la caución. En efecto, esta Superintendencia tiene todas las facultades para que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en las investigaciones por competencia desleal, otorgue el plazo que considere necesario para prestar la caución, el cual debe consultar la práctica del mercado que es bien conocido por ese Despacho en lo que se refiere a lo engorroso que resulta obtener una póliza del tipo requerido.

Según lo establece el segundo inciso del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil, en la providencia que ordena prestar la caución, de no haber disposición en contrario, el plazo para allegar será fijado por el juez. En el presente caso no existe disposición en contrario, por lo que la Superintendencia pudo haber otorgado un plazo más prologando, conociendo los hechos a que se veía enfrentado SONOLUX; siendo el término otorgado lo que trajo como consecuencia el incumplimiento de la obligación en comento, máxime cuando se solicitó una prórroga antes de que el término inicial venciera.

Ahora bien, esta Superintendencia esgrime que, no obstante lo anterior, SONOLUX tuvo suficiente tiempo para allegar la póliza, dado que la primera resolución que decretó las medidas cautelares e impuso la caución respectiva, fue proferida el día 26 de noviembre de 2001.

A este respecto, hay que decir que la póliza que se exigió en aquella oportunidad era exagerada e imposible de pagar por mi poderdante, alejada de la realidad de los perjuicios que eventualmente se le pudieran causar a Universal Music Colombia S.A., tal y como quedó consignado en el recurso contra la resolución No. 38304 del 26 de noviembre de 2001, que estableció lo comentado, lo que determinó que no se iniciara ninguna gestión destinada a su consecución, pues en esas condiciones sí que era imposible cumplir con lo requerido.

Así pues, se tiene que la fecha en que se profirió la resolución comentada no puede ser tomada como el

¹ Art. 1º de la ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir. Como un naufragio, un terremoto, al apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público etc"

Por la cual se resuelve un recurso

inicio del término para la consecución de la caución, sino la fecha en que se notificó la resolución que resolvía el recurso que revocó la caución impuesta y solicitó a mi poderdante otra póliza que aunque no se ajustaba a lo propuesto en el recurso, sí hacía posible su consecución por ajustarse más a la realidad; es decir, que la fecha en que efectivamente SONOLUX S.A. emprendió la consecución de su póliza es el 20 de diciembre de 2002, día en que la suscrita se notificó de esta última resolución, donde se otorgó sólo cinco días para la consecución de la póliza, fecha que coincidió con la temporada navideña.

En consecuencia, se tienen que bajo la realidad de los hechos, esta Superintendencia sólo otorgó, en plena temporada navideña, cinco días hábiles a SONOLUX para conseguir la póliza, obligándolo, según ha quedado manifestado, a cumplir lo imposible, y que no obstante haber tenido toda la diligencia y adelantado todos los trámites encaminados a obtener la póliza, era física y materialmente imposible lograr su expedición en un término tan corto. Las anteriores son razones suficientes que justifican una fuerza mayor que impidió a SONOLUX S.A. cumplir con una carga procesal a él impuesta, y en consecuencia la faculta para una prórroga en el término para prestar la caución requerida.

2.2. Indebida notificación a la parte demandada de la práctica de las medidas cautelares.

Una de las razones esgrimidas por esta Superintendencia para no otorgar una prórroga adicional en el plazo para allegar la póliza, fue la insistencia de la contraparte para conocer si efectivamente se había prestado la caución por SONOLUX S.A.

Según consta en la resolución que decretó las medidas cautelares, la misma fue notificada a UNIVERSAL S.A., punto sobre el que es importante anotar que dicha notificación fue efectuada ilegalmente, ya que se desconoció lo preceptuado por el artículo 31 de la ley 256 de 1996, que establece que las medidas cautelares otorgados bajo peligro grave inminente de causarse un daño, serán practicadas sin oírse a la parte contraria.

En efecto, el párrafo segundo del artículo citado establece lo siguiente:

"Art.31. - Medidas cautelares

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse son oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud."

Sobre esta clase de medidas cautelares, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 327 establece lo siguiente:

Art 327. - Cumplimiento y notificación de medidas cautelares. *Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete. Si fueran previas la proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.*

Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada cuando se le haya notificado el auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo²

² Sobre lo dispuesto en este artículo, el tratadista Hernán Fabio López Blanco, en la página 693; Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I. Séptima Edición, manifiesta lo siguiente: "Disposición que aún no se ha comprendido en todo su significado es la contenida en la Art. 327, en la cual se estatuye que cuando se decreta una mediada preventiva, no interesa para nada si la parte afectada con ella ya se notificó de la demanda, ni importa determinar si el proceso ya se inició por estar notificado el demandado, se cumplirá la preventiva y para hacerlo basta tan solo notificar a quien la solicitó o en cuyo favor se decreta, pero en todo caso siempre antes de hacerla conocer al afectado con ella.

(...)

Y es que, como bien lo expresa MORALES MOLINA, el Código no hace distinciones acerca de si se trata de medidas

Por la cual se resuelve un recurso

La norma es clara al advertir que no se oirá a la parte contraria, ni se le hará saber de la práctica de las medidas cautelares, sino una vez éstas hayan sido practicadas. No obstante lo anterior, esta Superintendencia, en las resoluciones que decretaron la práctica de las medidas cautelares y la imposición de la caución, extralimitando sus funciones, notificó (SIC) a **Universal Music Colombia S.A.** sobre la práctica de las mismas, con lo cual hubo un desconocimiento de normas procesales (SIC) de orden público que dan lugar a que se configure un indebido proceso en lo atinente a la práctica de las medidas.

En este caso se estaba dando el derecho de contradicción al demandante antes que se practicaran las medidas cautelares, cuestión que no era procedente en este caso, ya que cualquier recurso sólo era procedente por parte del denunciado una vez las medidas fueran practicadas.

El actuar de la Superintendencia desconoce que la urgencia en la tramitación de los procesos cautelares, antes de darle conocimiento del proceso al demandado, tiene por objeto no hacer ilusorios los efectos de tal determinación, y tomar por sorpresa a la parte en contra de quien se dirigen dichas medidas.

El conocimiento previo del demandado conduce a que ejecute conductas destinadas a evadir la acción de la cautela y se dilate su práctica, tal y como ocurrió en el presente caso, donde el demandado, a través de la constante presión a esta Superintendencia, influyó la decisión de no otorgar un plazo adicional para llegar la póliza por parte de SONOLUX.

En efecto, tenemos conocimiento que el día en que se vencía el término para anexar la póliza, los apoderados de Universal Music Colombia S.A. llamaron reiteradamente a la entidad para asegurarse de que SONOLUX no hubiera allegado la póliza, es decir que Universal estaba a la expectativa de que se prestara o no la caución. Dicho factor fue relevante para no otorgar una prórroga para prestar la caución, factor que no se debió haber tenido en cuenta, pues se reitera, independientemente de que se hubiera erróneamente notificado a Universal de las medidas cautelares, en todo lo que concierne a las mismas, incluido el término para prestar caución, no se debió, en ese momento procesal, escuchar a Universal, y mucho menos tomar decisiones por la injerencia de esta compañía.

Lo anterior, sin duda alguna, debe ser considerado como una vulneración del derecho de acción de mi poderdante, ya a través de la notificación ilegal, por ser anticipada, de la actuación en cuestión, no solo se reducen los efectos de la acción de medidas cautelares otorgada a los accionantes dentro del proceso por competencia desleal, sino que eventualmente puede conducir a que dichos efectos sean nugatorios, por responsabilidad exclusiva de ese Despacho.

2.3 Limitación en la modalidad de medida cautelar a prestar.

Esta Superintendencia, en la resolución que decretó las medidas cautelares (SIC) y fijo la caución, ordenó que ésta última se prestara exclusivamente bajo la modalidad de póliza de seguros. De acuerdo con las normas procesales vigentes, es facultad exclusiva de quien debe prestar una caución, determinar la modalidad bajo la cual va a prestar la misma.

Lo dicho anteriormente está sustentado en los dos primeros párrafos del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil que manifiesta lo siguiente:

At. 678 - Clases, cuantía y oportunidad para constituir las. Las cauciones que ordene prestar este Código pueden ser en dinero, reales, bancarias y otorgadas por compañías de seguros o entidades

preventivas previas o posteriores al juicio. Entonces, sin la norma no distingue, al intérprete no le es dable hacer diferenciaciones y, por ende, el auto que decreta una medida preventiva en juicio, únicamente se le debe notificar a quien solicitó la medida y sólo después de practicada ésta se le hará saber al perjudicado con ella. Es sabia la disposición, pues así se asegura la efectividad de las medidas preventivas, sobre todas de las decretadas en juicio; porque se el auto que las ordena tuviera que ser notificado, cualquier medida preventiva sería totalmente nugatoria, pues se podría demorar su efectividad mediante la interposición de recursos, o el solo conocimiento de la parte afectada puede permitirle tomar medidas eficaces en orden de impedir su feliz culminación (Subraya y negrilla fuera del texto)

Por la cual se resuelve un recurso

de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Si el juez considera necesario un dictamen de perito para fijar la cuantía de la caución, podrá decretarlo y las expensas serán de cargo de quien debe prestarla.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no los señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuncia, de conformidad con lo dispuesto en este Código.

(...)

El tratadista Hernán Fabio López Blanco, en la obra ya antes comentada, manifiesta en relación con este artículo lo siguiente.

"Téngase presente que, salvo que la ley específicamente se refiera a unas especiales modalidades de caución, cuando nada señala el respecto, radica en cabeza del otorgante la posibilidad de escoger la clase de caución (dinero, bancaria, póliza etc) que quiera otorgar y no puede el juez imponer una modalidad determinada, pues clara la disposición al referirse a que - En la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que deba constituirse, cuando la ley no los señale-"³

Así pues, tenemos que el análisis de los argumentos expuestos lleva a concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio, al fijar la modalidad de la caución impuesta a SONOLUX, actuó de forma indebida, ya que le restringió su campo de acción, obligándola a acudir a las compañías de seguros, cuando hubiera podido prestarla de otra manera y evitarse así el engorroso y demorado trámite frente a estas compañías, que como se anotó, son renuentes a prestar estas pólizas extraordinarias. Esto a la postre conllevó a que SONOLUX S.A. se viera impedida para aportar dentro del término legal la póliza requerida.

Si esta Superintendencia hubiese actuado como le correspondía, esto es, dejando en libertad a mi poderdante para escoger la modalidad de la póliza, habría existido la posibilidad de que cumpliera con su carga en el término otorgado, en razón de que garantías bancarias o reales, en su momento, hubiesen sido de más fácil consecución por parte de SONOLUX S.A.

3. Conclusiones

De acuerdo con las consideraciones que han quedado consignadas en este recurso, se tiene que esta Superintendencia debe proceder a revocar en su totalidad la resolución No. 0034 del 10 de enero de 2002, por medio de la cual la Superintendente de Industria y Comercio, revoca en todas sus partes la resoluciones No. 38304 y 42134 de 2001, mediante la cual se decretaban la práctica de unas mediadas cautelares dentro del proceso de la referencia.

Lo anterior, dado que el incumplimiento en allegar la póliza al proceso se debió, en primer lugar, a que se obligó a mi poderdante a cumplir lo imposible; en segundo lugar, esta Superintendencia, desconociendo lo establecido en las disposiciones legales, impuso a mi poderdante una modalidad de caución excesivamente gravosa de prestar, y por último, la Superintendencia notificó de la práctica de las medidas cautelares al demandado, antes que estas fueran practicadas, lo cual, influyó directamente en la decisión de esta entidad de no otorgar un prórroga adicional para la póliza.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, la decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso.

³ Ibidem

Por la cual se resuelve un recurso

1. Rechazo del recurso invocado

Según el código contencioso administrativo, los recursos de reposición proceden contra los que ponen fin a una actuación administrativa.⁴

Es así como en su artículo 51, se refiere a la oportunidad para la presentación de los recursos de la siguiente manera: "De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto o a la publicación, según el caso(...)

(...) Transcurridos los términos sin que se hubiesen interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme"

La denunciante presenta un recurso de reposición en contra de la resolución número 00034 del 10 de enero de 2002, en donde se decide la revocatoria de las resoluciones 38304 y 42134 de 2001, mediante las cuales esta Entidad había decretado unas medidas cautelares y reducido una caución respectivamente, por la no presentación en tiempo de la caución impuesta como requisito para el cumplimiento de una medida cautelar impuesta.

Los argumentos pretendidos dentro del recurso en mención, se refieren a situaciones no contenidas en el acto administrativo atacado. Se observa como "la imposibilidad de prestar caución dentro del término otorgado para ello, la indebida notificación a la parte demandada de la práctica de las medidas y la limitación en la modalidad de la medida cautelar a prestar"⁵, son temas cuya oportunidad de contradicción precluyó, pues son puntos debatidos dentro de un acto administrativo que adquirió firmeza.⁶

En este orden de ideas, el acto administrativo a recurrir de acuerdo con las pretensiones expuestas, era el contenido en la comunicación número 01094433 - 00030001 del 2 de enero de 2002 y no la resolución 00034, toda vez que en esta última se realiza por parte de esta Superintendencia el reconocimiento de un hecho jurídico⁷, consistente en el incumplimiento de la presentación de una caución a cargo de Sonolux S.A., sin entrar a decidir sobre peticiones o actuaciones específicas de las partes.

Se trata de un acto administrativo sobre el cual no debió habersele otorgado ni al denunciante ni al denunciado la oportunidad de recurrir, ya que su naturaleza es de cumplimiento, más no de notificación.

Por el contrario en la comunicación referida, expresamente se determina que "*no se accede a la concesión del plazo solicitado para la presentación de la caución, por cuanto el término señalado en la providencia respectiva fue suficientemente amplio y adicionalmente, las razones aducidas no son aceptables para este despacho*"⁸

Se trata, entonces, de una manifestación a través de la cual se está negando la posibilidad de la prórroga solicitada, dándole fin a una actuación administrativa. En consecuencia, era esa instancia la propicia y pertinente para alegarse la decisión de negativa a la solicitud de prórroga.

De acuerdo a lo anterior, considera este Despacho que no es el momento procesal ni el acto administrativo a recurrir, toda vez que la decisión controvertida se encuentra ejecutoriada y los puntos expuestos en el recurso estudiado no son procedentes.

Aún cuando el anterior es suficiente argumento para decidir el rechazo del recurso estudiado, esta Entidad

⁴ Artículo 50 del código contencioso administrativo.

⁵ Recurso de reposición radicado con número 01094433 - 00030005 el 31 de enero de 2002. Fundamentos del recurso 2.1, 2.2, y 2.3.

⁶ Artículo 63 del código contencioso administrativo.

⁷ Hecho Jurídico: "Fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones." Diccionario de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas (E-M/ pág287)

⁸ Comunicación Número 01094433 - 00030001 del 02 de enero de 2002.

Por la cual se resuelve un recurso

considera pertinente hacer algunas aclaraciones.

2. Incumplimiento de la presentación de la caución.**2.1 Término para la presentación.**

El parágrafo 2o, artículo 678 del código de procedimiento civil establece: "En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código"

Dentro de la misma codificación, se plasma que en los eventos donde la ley no establezca el término para determinada actuación, el juez señalará el que estime necesario pudiendo prorrogarlo por una sola vez siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento.⁹

A su vez, el artículo 120, en su parágrafo 3o establece que los términos judiciales correrán ininterrumpidamente y en concordancia con el artículo 121, los días dentro de los mismos solo se dejarán de tener en cuenta cuando se presente vacancia judicial o haya cierre del despacho.¹⁰

Según el recurrente, esta Superintendencia otorgó un término muy corto para la presentación de la caución requerida (5 días hábiles), teniendo en cuenta que en ese momento era muy difícil conseguirla debido a la temporada navideña. A lo anterior se adiciona el hecho de que habiendo presentado un escrito de solicitud de prórroga, dentro del término inicial para la presentación de la caución, esta Entidad no aceptó dicha solicitud, aún cuando tenía la facultad para hacerlo de acuerdo a la normatividad vigente del código de procedimiento civil.

Considera este Despacho que los términos impuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio respecto al decreto de medidas cautelares, deben ser considerados como judiciales por el hecho de estar actuando esta Entidad en ejercicio de las facultades jurisdiccionales otorgadas por la ley 446 de 1998.

Es así, como se encuentra en cabeza y a discreción de esta Superintendencia, la determinación tanto de la cuantía como del plazo para constituir la caución que garantiza el cubrimiento de los posibles perjuicios que pueda ocasionar el decreto y práctica de unas medidas cautelares.

Contrario a lo argumentado por la recurrente, el término de cinco días otorgado para la presentación de la caución no está alejado de la realidad ni de lo previsto en la ley. Es claro que la discrecionalidad para decidir sobre la prórroga de un término concedido es potestativa de este Despacho, lo cual no depende de ninguna influencia de algún tercero ajeno a esta Entidad.

Al respecto, es conveniente recordarle a la recurrente que si ella o la sociedad a la que representa considera irregular la actuación de esta Entidad, existen mecanismos de control y acusación ante autoridades competentes a través de los cuales hacer valer sus quejas.

De esta manera, debe concluirse que la conducta ejercida por Sonolux S.A. fue la del incumplimiento de unos términos judiciales decretados de manera legal por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo que no puede la mencionada sociedad endilgar las consecuencias de la no presentación de la caución a factores externos, contraparte o incluso a esta Entidad.

2.2. Fuerza mayor

⁹ Artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁰ Artículo 121 del Código de Procedimiento Civil: "Términos de días meses y años. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho.

Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario."

Por la cual se resuelve un recurso

El artículo 34 del código de procedimiento civil define la fuerza mayor como: "*El imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc...*"

Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha manifestado que para que se un determinado evento se constituya en fuerza mayor, es necesaria la presencia de dos elementos indispensables como lo son la imprevisibilidad y la irresistibilidad, sin los cuales no es posible afirmar la existencia de la figura jurídica aludida.¹¹

Para el recurrente, era material y físicamente imposible allegar en tan corto tiempo la póliza solicitada, debido a que las entidades aseguradoras no conocen el procedimiento de competencia desleal jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el término para constituirla era muy corto y por ser temporada navideña era difícil encontrar a quienes decidieran la expedición de la póliza. Debido a lo anterior, para la denunciante, se constituye una fuerza mayor que impidió el cumplimiento de lo ordenado aún cuando hubo la debida diligencia por parte de Sonolux S.A.

Al respecto considera este Despacho, que dentro del caso concreto la sociedad denunciante tenía en su poder los elementos de juicio suficientes para prever y anticipar la necesidad de iniciar gestiones negociales con entidades aseguradoras para constituir la póliza requerida, aún sin conocer el monto de la misma. Es claro como, desde la resolución número 38304 del 26 de noviembre, notificada el día 27 del mismo mes, se estableció que la caución debía ser en póliza de seguros, por lo que independientemente de la reducción o no del monto a consecuencia del recurso de reposición presentado en ese sentido, Sonolux S.A. sabía con anterioridad que de querer continuar con el trámite de las cautelares, debía contactar una empresa aseguradora.

Por lo tanto, no es posible aceptar la existencia de una fuerza mayor, cuando el requisito de la imprevisibilidad no está dado en la situación estudiada y en contraposición a lo que arguye la denunciante, no hubo en su actuación la debida diligencia.

A lo anterior debe agregarse, que existen en esta Superintendencia antecedentes similares a los aquí planteados, en donde se impone la presentación de una póliza de seguros como caución a prestar para la práctica de unas medidas cautelares determinadas, sin habersele presentado a los solicitantes inconveniente logístico alguno para su presentación oportuna.¹²

3. Notificación de las medidas cautelares decretadas.

El artículo 31 de la ley 256 de 1996, prevé que: (...) Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud..." (subrayas fuera de texto)

Considera la recurrente que esta Entidad, en las resoluciones que decretaron las medidas cautelares y la

¹¹ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil - Mag Pon: Dr Hector Marín Naranjo - julio 6 de 1995- Rad: S-074 - 95: "En efecto, entendida la fuerza mayor como "*el imprevisto a que no es posible resistir*" (ley 95 de 1980, artículo 1o) gravita sobre el recurrente que alega la causal primera de revisión, la carga de probar los sucesos imprevistos e irresistibles que entorpecieron la tempestiva aportación del documento en las instancias pertinentes. O lo que es lo mismo, le incumbe acreditar el "hecho extraño" que sobreponiéndose a su voluntad, le impidió allegar oportunamente la prueba..."

¹²1) Caso Celular S.A., Comcel S.A y Occidente y Caribe Celular S.A Occel S.A. Vs Celumovil S.A. Y Cocelco. A través de la resolución número 12351 de 2001, se le ordenó a las sociedades denunciadas la constitución de una póliza de seguros como caución, cuyo monto debía ser de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00), la cual debía ser allegada dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto. Lo ordenado se cumplió dentro del término otorgado mediante Póliza de seguros No. 1316975 de Seguros Confianza.

2) Caso Indistri S.A. vs Scriptechnik de Colombia Rad 01101927: La sociedad denunciante allegó dentro del término otorgado la póliza de seguros número 0075320, por cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00) para garantizar los posibles perjuicios que se pudieran causar a la denunciada con la práctica de unas medidas cautelares.

Por la cual se resuelve un recurso

imposición de caución, se extralimitó en sus funciones al notificar a Universal Music Colombia S.A. sobre la práctica de las mismas, con lo cual hubo un desconocimiento de las normas procesales al haberse realizado una notificación ilegal al denunciado que produjo una desfiguración de las medidas cautelares sin oír la parte contraria.

Según Sonolux S.A., las medidas decretadas tenían que ser sorpresivas para Universal S.A., lo cual no se cumplió debido a la oportunidad de contradicción otorgada con la notificación de la resolución antes anotada.

Considera este Despacho que el sentido de la ley es el de establecer que, cumplidos los requisitos para previstos en el artículo 31, pueden adoptarse por parte de esta Entidad las medidas cautelares sin oír la parte contraria. Sin embargo, lo anterior no significa que luego de ser adoptadas no se le pueda notificar lo decidido al denunciado.

La previsión hecha por la norma, respecto a la no intervención del denunciado, se refiere a la adopción y no a la puesta en práctica de la medida cautelar.

De esta manera, en el caso concreto la decisión de adoptar las medidas cautelares en contra de Universal Music S.A., fue tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo lo señalado en la ley. Es decir, sin oír los argumentos que pudiera tener para defenderse la sociedad comprometida, lo cual es totalmente independiente a la notificación realizada para el cumplimiento de lo ordenado.

2. Oportunidad para recurrir.

Según el artículo 50 del código contencioso administrativo, el recurso de reposición se presenta ante el mismo funcionario que toma la decisión impugnada, para que la aclare, modifique o revoque.¹³

Por su parte, el artículo 62 del mismo estatuto establece: "Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme: (...) 2) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido" (subrayado nuestro)

Para la recurrente, la Superintendencia de Industria y Comercio se extralimitó en sus funciones al imponer la constitución de una póliza de seguros como caución a prestar para la práctica de las medidas cautelares solicitadas, toda vez que quien tiene la facultad para decidir la modalidad de la caución, según lo previsto en el código de procedimiento civil, es el mismo solicitante, en este caso Sonolux S.A..

Este Despacho considera conveniente hacer un breve recuento de las decisiones tomadas respecto a las medidas cautelares, así como de las actuaciones de la denunciante en aras de determinar la no procedencia de la discusión acerca de este punto.

La determinación de exigir como caución una póliza de seguros por un monto de mil quinientos millones (\$1.500.000.000.00), fue tomada por esta Superintendencia mediante resolución número 38304 del 26 de noviembre de 2001.

El acto en mención fue recurrido por Sonolux S.A., con escrito radicado con el número 01094433 - 00020007 del 30 de noviembre del 2001. El contenido de dicho recurso, se encaminaba hacia dos solicitudes. Por una parte, se buscaba la reducción del monto de la póliza exigida, y simultáneamente se pedía que las medidas cautelares fueran ejecutadas por terceros distribuidores y no directamente por la sociedad denunciada.

El anterior recurso fue resuelto a través de la resolución número 42134 del 18 de diciembre de 2001, en donde se decidió la reducción del monto de la caución a la suma de cuatrocientos sesenta millones

¹³ Artículo 50 del Código contencioso Administrativo: Recursos de la vía gubernativa. Por regla general contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1) El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque...

Por la cual se resuelve un recurso

(\$460.000.000.00), ratificando en lo demás, lo decidido en el acto recurrido.

De conformidad con lo anterior, considera esta Entidad que luego de resuelto el recurso impetrado por Sonolux S.A., la decisión respecto al tipo, monto y oportunidad para la presentación de la caución quedó en firme¹⁴, no existiendo posibilidad de controvertirla mediante actuaciones posteriores.

Si bien pueden ser ciertos los argumentos de la denunciante, no es el momento procesal para esgrimirlos toda vez, que versan sobre materia ya controvertida y decidida dentro del proceso. Es conveniente hacer claridad en el sentido de establecer que el recurso de reposición está previsto para atacar el contenido de un acto determinado y no de toda una actuación previa al mismo.

Adicionalmente aún cuando existían, como lo afirma la recurrente, otras opciones para la presentación de la caución, no hubo por parte de Sonolux S.A. una intención clara para modificar la decidida ni para proponer una solución alterna, dentro del término otorgado.

En virtud de lo anterior este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Rechazar el recurso presentado mediante radicación número 01094433 - 00030005 por improcedente.

ARTÍCULO SEGUNDO. Comunicar el contenido de la presente resolución a la doctora Adriana López Martínez, como apoderada de Industria Electrosonora S.A. SONOLUX S.A., y al doctora Sonia Eunice Amaya Rodríguez, como apoderada de la sociedad Universal Music de Colombia S.A., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede ningún recurso y que la vía gubernativa quedó agotada.

CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **01 ABR. 2002**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Comunicación:

Doctora

ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ

Apoderada

Industria Electrosonora S.A. SONOLUX S.A.

Dirección Carrera 9 No. 73 - 24 Piso 3

Fax: 3-10-66-46

Ciudad.

¹⁴ Artículo 63 del código contencioso administrativo: Agotamiento de la vía gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1o y 2o del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja."

Por la cual se resuelve un recurso

Comunicación:

Doctor:

JAIME FELIPE RUBIO TORRES

C.C.79.154.179

Apoderado

Universal Music de Colombia S.A.

Dirección Diagonal 127 A No. 17 -34 Oficina 301

Teléfono: 2161286

Ciudad.