



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 11029 DE 2002  
( 17 ABR. 2002 )

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

**LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
En uso de sus facultades legales y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución N° 43352 del 21 de diciembre de 2001, mediante la cual se declara inhabilitada para decidir el fondo del asunto respecto de la denuncia por presuntos actos de competencia desleal formulada por "Unión Temporal conformada por Cortázar & Gutiérrez e Improtecto Ltda." en contra de la "Unión Temporal conformada por Jaime Rafael Espinosa Niño, Yamil Sabbagh Solano y Joyco Ltda."

**SEGUNDO:** El doctor Javier Cortázar Mora, obrando en su condición de apoderado de las sociedades Cortázar Gutiérrez e Improtecto Ltda., interpuso en tiempo recurso de reposición, radicado en esta entidad con el número 99015142 del 22 de febrero de 2002.

**TERCERO:** Para tal efecto se procede a resolver el recurso en los siguientes términos, para lo cual se transcriben a continuación las argumentaciones presentadas por el doctor Javier Cortázar:

"Por medio de este recurso solicito que se revoque la decisión adoptada y en cambio se dicte decisión de fondo acogiendo el informe elaborado por la doctora Adriana Guzmán Rodríguez, Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia.

"El fundamento principal de este recurso es la ilegalidad y absoluta contraevidencia de la decisión adoptada. En forma adicional encuentro que el fallo inhibitorio no guarda relación lógica alguna con el largo desarrollo de la investigación y que por lo tanto es una salida en falso, una disculpa peregrina e ilegal que la Superintendencia decidió acoger so pretexto de evitar el hacer un pronunciamiento de fondo sobre un tema tan importante como lo es el de la competencia en los procesos licitatorios públicos.

"A continuación expondré las razones que me asisten en el orden referido en el párrafo anterior. Finalmente consignaré algunas reflexiones sobre los deberes de esa Superintendencia con relación al cumplimiento de la importante misión que la ley le ha encomendado de reprimir la competencia desleal.

"Sin extenderme innecesariamente en el relato de las consideraciones que esa Superintendencia tuvo para fallar de la manera como lo hizo, esto es, inhibiéndose para decidir el fondo del asunto, encuentro que realizó un análisis absoluto y totalmente equivocado respecto de los 'presupuestos procesales' de legitimación activa y pasiva.

"La Superintendencia asumió que la investigación fue solicitada por una unión temporal contra otra unión temporal conformadas para el propósito de concursar en la licitación IDU-LP-UCL-015-98. Debido a que las uniones temporales no tienen personería jurídica diferente a la de las personas naturales y/o jurídicas

que la conforman, la Superintendencia concluyó que no tenía otro camino diferente al de inhibirse para fallar.

"Que terrible e inexcusable equivocación.

"En el expediente que corresponde a la investigación se puede observar lo siguiente:

1. Tal como lo afirma la Superintendencia, quien esto escribe recibió poder para actuar por parte de la sociedad Cortázar & Gutiérrez Ltda y la sociedad improtecto Ltda.
2. En el mismo expediente se puede observar que la investigación se adelantó contra Jaime R Espinosa Niño., quien fue debidamente notificado, y quien otorgo poder para actuar al Abogado José Alfonso Carvajal Valencia.
3. En el mismo expediente se puede observar que la investigación se adelantó contra Yamil Sabbah Solano, quien fue debidamente notificado, y quien otorgó poder para actuar al abogado José Alfonso Carvajal Valencia.
4. En el mismo expediente se puede observar que la investigación se adelantó contra la sociedad Joyko Ltda, quien fue debidamente notificada, y quien otorgó poder para actuar al abogado José Alfonso Carvajal Valencia.

Esta evidencia que obra en el expediente es definitiva porque confirma que en la investigación actuaron todas y cada una de las personas que conformaron las uniones temporales referidas.

En un caso tramitado ente el H. Consejo de Estado surgió el mismo interrogante respecto de la legitimación para actuar de un consorcio denominado consorcio RYM Construcciones Ltda – Jorge Díaz Murcia. El caso se trató de una conciliación extraprocesal acordada entre los integrantes del mencionado consorcio y el Fondo Rotatorio de Valorización de Fusagasugá la cual no fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca entre otras razones porque no existía prueba que demostrara la capacidad para ser parte del consorcio que intervino en la conciliación. El consejo de estado desechó los argumentos del tribunal administrativo, Dicho tribunal expresamente manifestó<sup>1</sup>.

"De otro lado, en cuanto a que no se aportó el certificado de existencia y representación legal del consorcio, estima la sala que tal documento no solo es necesario, sino que, además es imposible aportarlo en la medida que en el consorcio no es una persona jurídica.

"Considera la sala pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sobre la naturaleza del consorcio, expuesto en sentencia C 414 de 22 de septiembre de 1994, en la que con ponencia del doctor Antonio Barrera Carbonell se dijo.

"En similar sentido se pronunció esta sala dentro del expediente 16155, en providencia de 6 de mayo de 1999, con ponencia del señor consejero Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

"Así las cosas, la Sala considera que no le asiste razón al a-quo al señalar que no está demostrada en debida forma la capacidad de las partes para comparecer al proceso puesto que está demostrada la existencia y representación del Fondo de Valorización de fusagasugá (...) y de la sociedad RYM Construcciones Ltda y, así mismo en el caso del señor Jorge Díaz Murcia, tal capacidad se presume (art.1053 Código Civil)

"...

"Por lo expuesto, el consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera resuelve:

<sup>1</sup> Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, auto 28 de mauo de 1999, expediente No.15508, Magistrado Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

“Revocase la providencia (...) proferida por la sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se aprueba la conciliación prejudicial celebrada entre el consorcio RYM Construcciones Ltda – Jorge Díaz Murcia y el fondo de Valorización de Cundinamarca’.

“La sentencia de la Corte constitucional que sirvió de sustento al Consejo de Estado para concluir que si al acto concurren todos los que conformaron el consorcio existe plena capacidad para ser parte, es la misma que cita la Superintendencia en apoyo de su increíblemente ilegal fallo. Es curioso observar como el consejo de Estado y la Superintendencia citan la misma sentencia de la Corte Constitucional para llegar a dos resultados diametralmente opuestos. Por su parte el consejo de Estado reconoce la capacidad para ser parte del proceso al consorcio por cuanto en el acto de la conciliación participaron todos los integrantes del mismo. La superintendencia en cambio, y a pesar de que en la investigación participaron todos y cada uno de los integrantes de las uniones temporales decide concluir que es imposible establecer la capacidad para ser parte activa y pasiva en esta investigación dándole un sentido que no tiene – en lo absoluto – a la sentencia de la Corte Constitucional. Se aparta de la doctrina constitucional por medio de un sofisma que resulta abiertamente contrario a la forma como las altas cortes del país han aplicado el fallo referido de la Corte Constitucional.

“La ilegalidad de la resolución contra la cual presento el recurso de reposición se encuentra en la violación de la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Ley 153 de 1887.

“La resolución acusada viola la jurisprudencia constitucional, no se ajusta al precedente, el cual según reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional es de obligatorio cumplimiento.<sup>2</sup> Textualmente la corte ha dicho. ‘Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional (...) prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la normativa de la Constitución’. El sentido dado por la Superintendencia a la doctrina constitucional con relación a los consorcios es diametralmente opuesto a la forma como los tribunales le están dando aplicación, según se pudo apreciar. Esta es una violación legal, una violación del precedente judicial que la Superintendencia está en el deber de acatar so pena de incurrir en vías de hecho.

Adicionalmente la Superintendencia violó las disposiciones de la ley 153 de 1887 sobre interpretación de las leyes por cuanto igualmente desconoció en forma injustificada y errónea la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la legitimación para actuar de los consorcios, expuesta ampliamente en este recurso.

“Pasando a la otra razón de desacuerdo con la resolución impugnada, la incoherencia y contraevidencia del fallo es sencillamente patética si se analiza con relación al tema de los deberes que de acuerdo con la ley le corresponden en este caso a la Superintendencia.

“El artículo 267 del Código Contencioso Administrativo dice que los aspectos no regulados en ese cuerpo normativo se rigen por lo establecido en el código de Procedimiento civil, ordenamiento al que es necesario remitirse para lo correspondiente a los fallos inhibitorios. Tanto las normas pertinentes a los deberes del juez (art 37) como a las medidas de saneamiento del proceso (art 401) imponen al fallador el deber de hacer todo y cuánto este a su alcance para evitar los fallos inhibitorios, que resultan francamente odiosos al legislador. No alcanzo –sinceramente- a comprender como es que se puede producir semejante fallo sin que la Superintendencia hubiera hecho nada, absolutamente nada para evitarlo. Este fallo viene a concluir un proceso que se adelantó en la nada despreciable cantidad de tiempo de tres (3) años en el cual surtieron todas las actuaciones y saneamientos procesales posibles; incluso hasta se decretó la reiniciación de la actuación por cambio de los procedimientos, y a lo largo de todo este prolongado periplo nunca se dijo nada respecto de la capacidad para ser parte de las personas involucradas en la investigación.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sala Plena Sentencia SU-047, enero 22/99, Magistrados Ponentes Dres Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Sala Constitucional Sala Plena, Sentencia SU-640 noviembre 5/98 Expediente T-164.746 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"Dos posibles razones pueden explicar la situación. La primera es la falta del incumplimiento más absoluto de los deberes de la Superintendencia, entidad que no podría tener otro calificativo que el de incompetente y morosa. La segunda es que jamás existió tal falta de capacidad para actuar y que de forma sorprendente la Superintendencia a última hora decidió acudir al peregrino, contraevidente e ilegal expediente del fallo inhibitorio para abstenerse de fallar en un caso en el que no se porque razón tienen miedo de realizar un pronunciamiento de fondo.

"En el desarrollo de la investigación la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia produjo un detallado y científico informe. En el mismo la recomendación obligada fue la de sancionar por la contundente evidencia probatoria de la forma de accionar de los competidores de las sociedades Cortázar & Gutiérrez Ltda e Improtecto Ltda (que conformaron la Unión Temporal Cortázar & Gutiérrez Ltda-Improtecto Ltda).

"¿Podría la Superintendencia explicar porqué decidió no acoger dicho informe?

"¿Podría la Superintendencia explicar porqué decidió acudir al peregrino, contra evidente e ilegal expediente de la falta de personería para actuar? La verdad es que este no es un caso común y corriente el cual está llamado a tener repercusiones en una actividad multimillonaria como lo es el de la competencia por la adjudicación de contratos del estado, y eso puede dar susto. Sin embargo considero que el país quedaría mas agradecido con la Superintendencia si esa entidad tuviera el valor de, el carácter de sentar posiciones claras sobre temas de interés general en vez de - solicitar disculpas por la expresión-desmontarse por las orejas con el fin de esquivar el deber de generar a través de sus decisiones comportamientos generales que convengan al interés general.

"Con este fallo inhibitorio fundamentado en la peregrina, contraevidente - e ilegal disculpa de la falta de personería de todas maneras la Superintendencia está generando consecuencias y está enviando mensajes que encuentro altamente negativos y peligrosos.

"Para la Superintendencia no hay posibilidad de acción cuando en un caso parecido los actores sean personas naturales o jurídicas que conformen un consorcio o una unión temporal. Esto es así porque en el presente caso esa fue la conclusión a la que llegó pese a que - repito- en la investigación actuaron todos y cada uno de los integrantes de las uniones temporales, tal y como de manera incontrovertible obra en el mismo expediente.

"Lo anterior quiere decir que en materia de competencia las uniones temporales y los consorcios pueden hacer todo y cuanto se les antoje ya que no pueden ser sujetos procesales, así en las actuaciones intervengan todos y cada uno de las personas naturales y jurídicas que hayan conformado el consorcio o la unión temporal. Lo anterior no tiene otro calificativo diferente al de otorgar una patente de corso, un pasaporte a la impunidad, a este tipo de figura jurídica en materia de competencia. Felicidades Superintendencia. Asumiendo posiciones de este tipo se le está haciendo un pobrísimo aporte al fortalecimiento de la competencia en Colombia.

"Finalmente y con ánimo de evitar cualquier suspicacia, mala interpretación o esguince procesal manifiesto expresamente que con la presentación del presente recurso reasumo el poder que me otorgaron las sociedades Cortázar & Gutiérrez Ltda e Improtecto Ltda, quienes conformaron la unión temporal Cortázar & Gutiérrez Ltda e Improtecto Ltda."

**CUARTO:** De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, el Despacho procede a resolver todas las cuestiones que han sido planteadas en el recurso y las que aparezcan con motivo del mismo, de la siguiente manera:

**1. El fallo de la Corte Constitucional frente a la capacidad de la parte activa:**

Sobre el particular, el Despacho considera importante precisar, en primer término, que la Corte Constitucional en la sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente, Dr. Antonio

Barrera Carbonell y que menciona el recurrente en su escrito, resuelve una demanda de inexecutable del artículo 7°. Parágrafo 2 de la ley 80 de 1.993, el cual expresa lo siguiente:

"Parágrafo 2. Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para los sociedades, pero en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación".

Luego de una serie de consideraciones relacionadas con los cargos formulados, entre otros, la violación a los principios de legalidad y la falta de "unidad de materia" en la ley de la cual forma parte, la Corte declara la Exequibilidad de la norma arriba transcrita. En la parte motiva hace algunas precisiones sobre la naturaleza de la figura del consorcio, comentarios que hace extensivos para el caso de la "unión temporal". Manifiesta la Corte:

(...)

"El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

"En la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley sobre contratación administrativa que presentó el gobierno a las Cámaras Legislativas, convertido luego en la ley 80 de 1.993, se expresó sobre el particular:

"Sin duda el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor eficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada 'ventaja comparativa' ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto."

"El artículo 7° de la mencionada ley se refiere al consorcio, pero en lugar de definir su contenido esencial, ofrece una relación descriptiva de la figura señalando los elementos instrumentales y vinculantes que lo conforman; es así como la norma determina que el consorcio surge '...cuando dos o más personas presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

"Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales".

La Corte Constitucional en dicho fallo aclara entonces la naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales, en cuanto a que no son personas jurídicas, pero que pueden contratar de manera excepcional con las entidades estatales y ser legalmente capaces para hacerlo. La actuación del representante de dicha unión se limita eminentemente al campo contractual, y por ende no puede considerársele un representante legal con el alcance y los efectos que a él le atribuyen el Código de Comercio y demás normas complementarias.

La resolución recurrida en ningún momento ha expresado cosa distinta a lo dicho por la Corte, es decir, se coincide en que las uniones temporales no son personas jurídicas y que la responsabilidad solidaria se circunscribe a los contratos que celebren con el Estado. En esta medida la Superintendencia de Industria y Comercio no se ha apartado de su contenido, como pretende hacerlo ver el recurrente en su escrito.

Ahora bien, la sentencia del Consejo de Estado que también cita el recurrente, No. 15508 del 28 de mayo de 1.999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar, resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Consorcio RYM – Jorge Díaz Murcia, contra la providencia de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 14 de mayo de 1.998, mediante la cual se había dispuesto inaprobar la conciliación prejudicial total lograda entre el mencionado consorcio y el Fondo Rotatorio de Valorización de Fusagasugá el 2 de marzo de 1.998, entre otros, por no haberse aportado el certificado de existencia y representación del consorcio.

Con base en los mismos apartes del fallo de la Corte Constitucional arriba transcrito, el Consejo de Estado consideró que estaba demostrada la capacidad de las personas tanto natural como jurídica que conformaban el consorcio, partiendo de la base que este no era persona jurídica, según se podía concluir del fallo de la Corte Constitucional ya citado.

Esta decisión del Consejo de Estado tampoco riñe con lo expuesto en la resolución recurrida pues como puede verse, parten de igual consideración en cuanto a la naturaleza jurídica de los consorcios y en particular, a que no son personas jurídicas. La resolución de la Superintendencia fue clara en este aspecto, y adicionalmente, en ninguno de sus apartes niega la posibilidad que personas naturales o jurídicas que conformen un consorcio, se constituyan en parte activa para el inicio de una actuación por competencia desleal y por el contrario, así lo manifestó expresamente cuando expresó que **“las uniones temporales no pueden comparecer como demandantes en un proceso por competencia desleal, por carecer de personería, pese a la capacidad para ser parte que tienen por separado cada uno de sus integrantes, bien sea como personas naturales, bien como personas jurídicas.”** (se resalta)

El caso en estudio, sin embargo, es bastante particular, y se diferencia ampliamente del tema de que trata el fallo del Consejo de Estado, en lo siguiente:

1) El Consejo de Estado se pronuncia, como ya se vio, en un caso de conciliación extrajudicial en donde no hay una controversia puesta a consideración de un juez, sino un acuerdo de voluntades con efectos de cosa juzgada, previa aprobación ante las autoridades administrativas correspondientes.

2) El asunto adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio es un proceso de naturaleza jurisdiccional, del cual conoce por virtud de lo dispuesto en los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1.998 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional, en donde hay partes demandante y demandada<sup>3</sup>. En la conciliación no se traba una litis, constituyéndose en un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador<sup>4</sup>.

3) Por tratarse de una actuación jurisdiccional, en el trámite de competencia desleal deben cumplirse a cabalidad las ritualidades propias de un juicio. En nuestro caso, el procedimiento que debe seguirse es el previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, según lo señala de manera expresa el artículo 144 citado de la Ley 446 de 1.998. En lo no previsto en este procedimiento, se aplica en lo pertinente lo dispuesto en los Códigos Contencioso Administrativo, Primera Parte y de Procedimiento Civil, en su orden.

<sup>3</sup> Artículo 116 C.N.: “...Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.”

Artículo 143 Ley 446 de 1.998: “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.”

Artículo 144 Ley 446 de 1.998: “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, y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.”

<sup>4</sup> Artículo 64 Ley 446 de 1.998

En la conciliación extrajudicial el trámite no tiene las características de un proceso, debiéndose dar cumplimiento únicamente a las especificaciones de la Ley 640 de 2001, en cuanto a que se adelante ante agentes del Ministerio Público y que el acta de conciliación se someta a aprobación o improbación del juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva.<sup>5</sup>

4) En la resolución recurrida, distinto a lo fallado en el Consejo de Estado, se presentaron los siguientes hechos especiales, que pasamos a resumir así:

a) La denuncia presentada por el doctor Javier Cortázar se hizo en nombre de la Unión Temporal Cortázar & Gutiérrez e Improtecto Ltda..

b) El poder le fue otorgado al doctor Cortázar por el doctor Camilo Gutiérrez Prieto, en su condición de Representante de la Unión Temporal Cortázar y Gutiérrez Ltda. e Improtecto Ltda.. Este representante solo podía actuar, en nombre de la Unión Temporal, en asuntos directamente relacionados con los contratos celebrados con el Estado, pero no se encontraba legitimado para otorgar poder con miras a iniciar una acción jurisdiccional por competencia desleal.

De lo anterior se deduce la no existencia procesal de la parte activa, como quiera que la Unión Temporal citada no podía ser parte sujeta a derechos y obligaciones de esta naturaleza. La inexistencia de parte es asunto que reviste especial gravedad en materia procedimental, habiéndola instaurado el legislador como una causal de excepción previa en el artículo 97 numeral 4º. del Código de Procedimiento Civil <sup>6</sup>.

En relación con la capacidad para ser parte, se ha pronunciado la doctrina de la siguiente manera:

El tratadista Hernán Fabio López Blanco:

"Este presupuesto busca asegurar que la sentencia se dicte frente a sujetos de derecho, es decir, que quienes figuren como partes en el proceso sean personas, naturales o jurídicas, o patrimonios autónomos, pues bien puede ocurrir que una parte tenga aparentemente carácter de sujeto de derecho, cuando en realidad no es así, como sucedería, por ejemplo, cuando se demanda por cuenta de una sociedad anónima que no se ha constituido o de una quiebra que no se ha declarado.

"Este caso, no previsto como causal de nulidad pero sí como causal de excepción previa (Art. 97, num. 4º) con la denominación de inexistencia, es, en nuestro sentir, el único que justificaría la posibilidad del fallo inhibitorio, aun cuando hubiera sido mejor establecer una causal de no procedibilidad dentro del proceso civil, por lo cual, en cualquier estado del proceso en que estuviera acreditada dicha circunstancia, el juez ordene terminar toda actuación mediante un auto."<sup>7</sup> (se resalta)

También ha manifestado el tratadista Hernando Morales Molina:

"No presumiéndose la existencia legal de las personas jurídicas de derecho privado, el juez necesita conocer cómo surgió a la vida jurídica la sociedad o la corporación que reclama o frente a la cual se reclama la tutela de un derecho. Y si al examinar el proceso no encuentra prueba de su existencia, ha de declarar su inhibición para decidir en el fondo la controversia, por falta del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte de quien figura como demandante o demandado, pues mal podría reconocer un derecho o imponer una obligación a quien por no existir legalmente no es sujeto de derechos y obligaciones."

<sup>5</sup> Artículos 23 y 24 Ley 640 de 2001

<sup>6</sup> Artículo 97 C.P.C.: "El demandad, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas: (...) 4. Inexistencia del demandante o del demandado".

<sup>7</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Civil Colombiano, Parte General Tomo I. Séptima Edición. Pág. 923.

c) Los poderes otorgados al doctor Cortázar por los representantes legales de las sociedades Cortázar & Gutiérrez Ltda. e Improtecto Ltda. fueron allegados con posterioridad al inicio de la actuación (5 meses). Sobre este punto debemos acotar que el recurrente se abstiene de mencionar en su escrito un hecho más que fundamental, cual es que la demanda por competencia desleal (la única que obra en el expediente) fue presentada por él como apoderado de la "Unión Temporal", parte procesal inexistente. Los integrantes de la mencionada unión no actuaron en este proceso, como quiera que no obstante haberle otorgado poder al Dr. Cortázar para presentar denuncia por competencia desleal, el apoderado no utilizó estos poderes para el acto más importante, cual era presentar la demanda, pues no obra que con base en los mismos se hubiera procedido de conformidad.

Y es que no es lo mismo allegar sin ninguna explicación unos poderes a un proceso, que "actuar" con base en los mismos, situación esta última que realmente no ocurrió y que nos lleva a concluir que las personas jurídicas que conformaron la Unión Temporal Cortázar & Gutiérrez Ltda. e Improtecto Ltda. NO PARTICIPARON en la investigación que se estaba adelantando en esta Superintendencia, contrario a lo que afirma el recurrente. Presume este Despacho que la presentación de tales poderes tenía como intención subsanar la situación de inexistencia de parte, lo cual no tuvo éxito por no haberse hecho en la forma procesalmente adecuada.

En la resolución recurrida se expresó lo siguiente respecto de la entrega posterior de estos poderes y sobre lo cual no presentó ningún tipo de contra argumentación el recurrente:

"...no aparece demostrado en el caso en estudio, que el apoderado que actuaba inicialmente con un poder para denunciar por competencia desleal, como en efecto lo hizo, a la Unión Temporal tantas veces aquí citada, con posterioridad a la acreditación de los poderes otorgados por los representantes legales de las sociedades que en su momento conformaron la Unión Temporal Cortázar & Gutiérrez e Improtecto Ltda. hubiera formulado una nueva denuncia a nombre de aquellos o hubiere modificado la anteriormente presentada.

"En efecto, los poderes otorgados por los representantes legales de las sociedades conformantes de la Unión Temporal Cortázar y Gutiérrez e Improtecto Ltda., facultaban al apoderado para formular a nombre de una y otra de éstas, denuncia por competencia desleal en contra de la Unión Temporal conformada por Jaime Rafael Espinosa Niño, Yamil Sabbagh Solano y Joyco Ltda., pero ello nunca se realizó.

"Además del inicialmente radicado bajo el 99015142-0 el cual corresponde a la denuncia, en el investigativo no aparece ningún otro escrito que se ajuste a los requisitos de lo que se entiende por denuncia, o que pueda interpretarse como una adición o reforma de la misma, que hubiere sido presentado por dicho apoderado o por los apoderados en quienes se sustituyó sucesivamente el poder."

Como puede observarse de lo anterior, el caso decidido en la Superintendencia hace relación a la falta de capacidad de la parte activa, pues el apoderado inició su actuación en representación de una Unión Temporal, por poder otorgado por el representante de esta última y no de las personas jurídicas que la conformaban. Los poderes otorgados por estas personas con posterioridad al inicio de la actuación no se ejercieron, pues no se presentó denuncia en representación de tales personas. En desarrollo del principio constitucional del debido proceso (Artículo 29 de la Constitución Nacional) la Superintendencia debe velar por el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos procesales, entre ellos, el de la "legitimatío ad processum", que consiste en la capacidad de estar en un proceso por sí mismo o por medio de otros, lo cual es condición previa e indispensable para que el juez pueda fallar de fondo en un asunto.

Es entonces diferente este caso al planteado en el fallo del Consejo de Estado, arriba citado, pues se insiste que en dicho asunto no había un proceso judicial en curso con parte demandante y demandada, pues es claro que las partes involucradas, por mutuo acuerdo, habían conciliado sus diferencias por fuera de los estrados judiciales y habían acudido al Tribunal únicamente para que "refrendara" tal acuerdo, por ser una de las partes una entidad pública.

Caso este último en el cual es entendible que no se exigieran las ritualidades propias del juicio a que hemos hecho referencia en relación con la capacidad de los demandantes para acudir a un proceso en busca de la satisfacción de sus pretensiones y se reconociera la capacidad en cabeza de las personas naturales o jurídicas conformantes del consorcio, que seguramente habían manifestado "su voluntad" en lograr un determinado acuerdo, para lo cual es obvio que era necesario que tales personas hubieran concurrido en su totalidad a su firma o aceptación. Obsérvese que en los procesos jurisdiccionales donde va a emitirse un fallo de naturaleza declarativa, como es el que se adelanta ante esta Superintendencia por competencia desleal, no son las partes quienes deciden la forma en que se van a solucionar los conflictos, sino que es al Juez a quien corresponde reconocer derechos o imponer obligaciones, de suerte que la capacidad para ser parte de quien figura como demandante o demandado es fundamental para la decisión que vaya a adoptarse y no puede mirarse en una forma tan simplista como lo hace el recurrente.

Por último y adicional a lo ya expuesto, el Despacho quiere nuevamente hacer claridad en que no es cierto que los fallos a que nos hemos referido concluyan que si al acto concurren todos los que conformaron el consorcio existe plena capacidad para ser parte. El fallo de la Corte Constitucional no trae tal afirmación y su contenido hace referencia a la naturaleza jurídica de los consorcios y uniones temporales y el del Consejo de Estado simplemente se limita a señalar que estaba probada la existencia y representación de las partes que conformaban el consorcio que había suscrito un acuerdo de conciliación extrajudicial. Pero no se refiere el Consejo a la "concurrencia de la totalidad de las partes conformantes del consorcio o de la unión temporal", como un requisito, que si se da, convalide por sí mismo la capacidad para ser parte a dichos consorcios o uniones temporales, como lo pretende mostrar el recurrente. En el caso que nos ocupa, por demás, tal criterio no puede aplicarse, por las razones expresadas en los párrafos precedentes.

Por lo anterior, no prospera el argumento del recurrente.

## **2. Del Fallo inhibitorio y de las facultades de la Superintendencia:**

Sobre el particular debemos manifestar, en primer lugar, que al tenor del procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, compete al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia en su carácter de funcionario instructor, presentar al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de la ocurrencia o no de una infracción, informe éste que es de carácter eminentemente recominatorio y no vinculante, por cuanto quien tiene la facultad legal para decidir de fondo la actuación es el Superintendente de Industria y Comercio.

Se infiere entonces que el informe motivado es un acto administrativo de trámite que no pone fin a la actuación y por lo tanto, quien está facultado para adoptar la decisión correspondiente a través de una resolución motivada, es el Superintendente de Industria y Comercio, quien puede acoger o no la recomendación contenida en dicho informe.

Ahora bien, en el presente caso, una vez tuvo el Superintendente el caso para decisión, debió pronunciarse con un fallo inhibitorio pues luego de su análisis de las piezas procesales y de la demás información contenida en el expediente, pudo establecer la falta de capacidad de la parte activa para comparecer en el proceso.

Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina han sido particularmente severas con la figura del fallo inhibitorio, posición que comparte la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto es así, que en sus actuaciones siempre busca el procedimiento legal que ajustado a derecho, permita movilizar de la manera más eficiente la definición tanto de los asuntos jurisdiccionales que debe conocer como de aquellos de naturaleza eminentemente administrativa. Sin embargo, en el caso de que trata esta resolución (inexistencia de parte procesal), el camino a seguir no pudo ser otro y así lo han consignado la doctrina y la jurisprudencia. Es que la capacidad para ser parte es un presupuesto procesal fundamental para la validez del proceso y no es cualquier tipo de irregularidad que pueda ser convalidada por el juez de manera arbitraria. Como se dijo en el punto anterior, la capacidad para ser parte por inexistencia no es causal de nulidad de suerte que no puede acudirse a tal expediente para por esta vía proceder eventualmente a su saneamiento.

Ahora bien, la Superintendencia quiere dejar en claro que no es ni ha sido nunca su política evadir la definición de los casos respecto de los cuales avoca a su conocimiento. Que un fallo sustentado legalmente no resulte en el sentido que las partes desean, no es suficiente motivo para concluir que la Superintendencia incumplió sus obligaciones legales. No puede olvidar el recurrente que es obligación de cualquier juez fallar en derecho, y es lo que precisamente ha hecho esta Entidad.

No dejamos de lado que de haberse hecho evidente de tiempo atrás la ausencia de este presupuesto procesal por cualquiera de las partes (principalmente por la actora) o por la misma Superintendencia (como excepción previa o a través de una nueva denuncia por las partes legalmente capaces, entre otros) nos habríamos ahorrado tiempo en la presente actuación. No obstante, las determinaciones judiciales deben proferirse con base en la realidad de los procesos y no con fundamento en hipótesis y es por este motivo que la decisión contenida en la Resolución No. 43352 del 21 de diciembre de 2001 deberá ser confirmada.

Finalmente, queremos ser enfáticos respecto de un punto que el recurrente pone en tela de juicio, y es el relacionado con la seriedad que caracteriza a la Superintendencia de Industria y Comercio. La historia de los últimos años de esta Entidad es prueba más que irrefutable sobre su profesionalismo, responsabilidad y valor frente a las situaciones y temas de los cuales es competente. Los calificativos y expresiones desobligantes que utiliza el recurrente refiriéndose a esta Superintendencia, tales como "incompetente" y "morosa", o que está otorgando "...una patente de corso, un pasaporte a la impunidad..." o que "...a última hora decidió (...) abstenerse de fallar en un caso en el que no se porque razón tiene miedo de realizar un pronunciamiento de fondo", **son opiniones personales sin ningún sustento ni justificación, que nada aportan desde el punto de vista académico para revisar la decisión recurrida.** Como se dijo en párrafos anteriores, un fallo adverso a los intereses de una de las partes, pero emitido legalmente y en derecho, no legitima a ninguna persona para lanzar acusaciones temerarias e infundadas, como las ya expresadas.

En mérito de lo expuesto, la Superintendente de Industria y Comercio,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución No. 43352 del 20 de diciembre de 2001.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores Javier Cortázar, en su condición de apoderado de la Unión Temporal conformada por "Cortázar & Gutiérrez Ltda. e Improtecto Ltda." y Alfonso Carvajal Valencia, apoderado de Jaime Rafael Espinosa Niño, Yamil Sabbagh Solano y Joyco Ltda., conformantes de la Unión Temporal "Jaime Rafael Espinosa Niño, Yamil Sabbagh Solano y Joyco Ltda.", entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma no procede ningún recurso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, D.C. a los 17 ABR. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio

  
MÓNICA MURCIA PÁEZ

## Notificaciones:

Doctor  
**JAVIER CORTAZAR**  
C.C. No. 79.146.314  
Apoderado  
Unión Temporal  
"Cortázar & Gutiérrez Ltda. e Improtecto Ltda."  
Carrera 7ª. No. 74-56 oficina 409  
Bogotá D.C.

Doctor  
**JOSE ALFONSO CARVAJAL VALENCIA**  
C.C. 2.934.424  
Apoderado  
Jaime Rafael Espinosa Niño, Yamil Sabbagh Solano y Joyco Ltda.  
Carrera 31 No. 72-78  
Bogotá D.C.

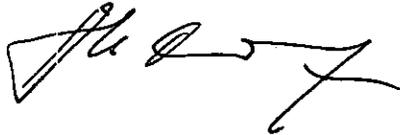
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 29 ABR 2002

Notifique personalmente al Dr. Alfonso Comoyal Velasco R. P. V. V. V. V. V.

El contenido de la anterior providencia quien

Impuesto firma \_\_\_\_\_  
No procede recurso.



SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 30 ABR 2002

Notifique personalmente al Dr. José Cortés 7 9146314

El contenido de la anterior providencia quien

Impuesto firma \_\_\_\_\_

No procede recurso.

