



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 19115 DE 2002

(24 JUN. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 00086410 - 00000005 del 22 de abril de 2002, el abogado Eduardo Saladen Vega, en su calidad de apoderado del señor Jorge Irisarri Núñez, presentó recurso de reposición contra la resolución número 01983 del 29 de enero de 2002, mediante la cual se revocó parcialmente las resoluciones número 32616 del 01 de diciembre de 2000 y 33129 del 20 de diciembre de 2000. El objeto del recurso es que revoque la decisión aludida, fundamentando su petición de la siguiente manera:

"I - INSTAURACIÓN DE DEMANDA O ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA LAS RESOLUCIONES QUE SE REVOCARON PARCIALMENTE Y CONTRA LA RESOLUCION N°: 07952 de 5 de marzo de 2.001, CONFIRMATORIA DE LAS REVOCADAS PARCIALMENTE.

El suscrito abogado, en representación del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, el día 10 de septiembre de 2.001, ante el HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION PRIMERA - presentó demanda o acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra las siguientes (SIC) resoluciones emanadas de la Superintendencia de Industria y Comercio: N°: 032616 de 01 de diciembre de 2.000 - N°: 033129 del 20 de diciembre de 2.000 y la N°: 07952 de 5 de marzo de 2.001. (Radicación del Proceso: 01-1.000-10 - Tomo IV - 131 - Magistrado: Dr. WILLIAM GIRALDO G.)

Esta demanda, se encuentra sustentada básicamente en las razones que se expresaron como fundamentos de los respectivos recursos en la vía administrativa, interpuestos contra los mencionados actos administrativos de los cuales se demanda judicialmente su condigna nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, aceptar la resolución que impugno, sería tanto como desistir de la acción judicial interpuesta, la cual adicionaremos solicitando la nulidad del acto que se recurre, si no se revoca, dado que la oposición a las medidas cautelares decretadas por la Superintendencia de Industria y Comercio contra mi representado, no sólo se ha sustentado en la imposibilidad jurídica de su práctica, lo cual ha reconocido

Por la cual se resuelve un recurso

la misma entidad administrativa al revocar parcialmente una de ellas, en cuanto enmienda el falso texto sobre el cual se exigía publicación, al fin corregido por petición del apoderado del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA, cuando mi asistido siempre lo exigió sin que fueran aceptadas sus solicitudes y, no obstante, en sentido contrario, en forma absurda, se le impuso una multa por no haber difundido tal falsedad. En tal forma, lo que ha removido la Superintendencia no son "... obstáculos puramente formales ...", ni tampoco que "... algunas circunstancias han podido haber variado ...", como se afirma en la resolución que recurro, lo que se elimina del texto es una notoria falsedad que desde el inicio había existido, demostrándose la falta de sustento de la sanción impuesta y la falsa motivación del acto de revocatoria parcial que se impugna.

La impugnación que se cumplió administrativamente tiene, como sustentos adicionales a la imposible publicación del texto mendaz corregido, otras razones jurídicas que en esta oportunidad de reposición se reiteran por considerar que el acto de la referencia debe también revocarse de acuerdo con las premisas que las mismas contienen, así:

II - CARENCIA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

La Resolución de la referencia, igualmente se encuentra motivada sobre la base de un conflicto relacionado con una supuesta competencia desleal, cuando los hechos que se concretan en este asunto reflejan una situación de naturaleza eminentemente educativa, o a unas disparidades o diferencias de criterios, a un conflicto, entre socios de una misma sociedad civil, dentro del normal proceso de matrículas al alumnado que pretendía obtener, y en efecto ha obtenido, el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, para el año 2.001, 2.002, y siguiente, sin que sea competente esta Superintendencia para dirimir el asunto societario - educativo y mucho menos para dictar la medida cautelar que ahora se arregla, pero que igualmente debe ser revocada.

En efecto, sobre la definición jurídica de la EDUCACIÓN, la Ley 115 de 1.994, en su artículo 1º, dispone: "OBJETO DE LA LEY: La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

La presente Ley señala las normas generales para regular el servicio público de la educación que cumple una función social, acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra en su carácter de servicio público. ..." (Se resalta.)

Esta misma Ley, en su artículo 5º, prescribe, sobre los fines de la educación: "FINES DE LA EDUCACIÓN: De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines 1º: **El pleno desarrollo de la personalidad,** sin más limitaciones que las que le impone los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.

2º. - La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad. ..." (Se resalta)

En lo concerniente a la identidad jurídica del proceso educativo, la Corte Constitucional se ha expresado en los siguientes términos:

"En reiteradas oportunidades esta Corporación ha manifestado la importancia que en un Estado Social de Derecho tiene la Educación, como derecho fundamental de las personas; sobre todo cuando ese Estado se entiende en una de sus dimensiones esenciales: esto es, como una forma de orientación política

Por la cual se resuelve un recurso

dirigida a la construcción de una nueva concepción de libertad; así lo quiso destacar el constituyente a través, entre otros, del texto del artículo 67 de la Constitución Política:

"La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, como a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz, y a la democracia; y en práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente."

Tal es su trascendencia, que generalmente su vulneración implica la vulneración concomitante de otros derechos fundamentales, pues su desarrollo y materialización están en íntima relación con la dignidad misma de la persona, con sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad, **e incluso con el derecho al debido proceso, en cuanto ésta es impartida en el seno de organizaciones especializadas regidas por la ley y por reglamentos específicos, conforman la comunidad académica. ...**" (Se resalta) (Corte Constitucional - Sentencia de agosto 24 de 1.995 - T-377) (Tomado del Código de la educación y Estatuto Laboral de los Docentes - Colección Código Brevis - Editorial LEYER - Novena edición)

En el marco de esta actividad educativa y para fomentar altos niveles de formación en el Departamento de Bolívar, el Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, presentación a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, dada la ubicación del Colegio en el municipio de Turbaco (Departamento de Bolívar), el proyecto educativo institucional del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, de conformidad con lo establecido en los artículos 138 y siguientes, 193, 194 y 195 de la Ley 115 1.994, y su decreto reglamentario 1.860 del mismo año, artículos 14, 15 y 16, para desarrollar todas las actividades relacionadas con la ejecución de dicho proyecto, entre éstas el proceso inicial del sistema sobre matrículas y pensiones a los estudiantes con quienes se cumplirán los programas del año 2.001.

Este proyecto educativo institucional de COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, obtuvo la admisión preliminar de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, mediante Concepto de Estudio sobre la propuesta (P.E.I. COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA) de fecha: 12 de octubre de 2.000, emitida por la Supervisora - Docente, THALIA RODRIGUEZ MIRANDA, y de acuerdo con certificado expedido por LUIS DEL CRISTO MEZA PAYARES, Secretario de educación y Cultura del Departamento de Bolívar (Encargado), actuación administrativa creadora de una situación jurídica particular y concreta, la cual sólo es revocable previo el expreso y escrito consentimiento de su titular de conformidad con lo establecido en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

Por consiguiente, la presentación legal y la admisión preliminar por autoridad competente del proyecto educativo institucional del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, es el soporte administrativo en virtud del cual este Colegio se encuentra adelantando la gestión de matricular a los futuros estudiantes, sin que la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, única y exclusiva autoridad especializada y competente para vigilar y hacer seguimiento a la ejecución del registrado proyecto educativo institucional, haya emitido orden de suspensión sobre el mismo por violación del orden legal. Este proyecto contiene los requisitos y presupuestos legales de acuerdo con la documentación que se anexa.

De igual forma, el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA, para poder funcionar como tal, tuvo que presentar ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL - CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C., dada la ubicación del respectivo Colegio en el Centro de esta Ciudad, en el año 2.000, su proyecto educativo institucional, desarrollado en ese período y obtenido su reconocimiento en el mes de noviembre del mismo año, siendo de conocimiento público y de las autoridades administrativas competentes en el orden distrital y departamental la concurrencia de ambos proyectos para el presente año, sin objeción alguna de estas entidades estatales sobre la viabilidad en la concomitancia de los respectivos planes educativos, lo cual,

Por la cual se resuelve un recurso

además, fue aceptado por todos los socios del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA LTDA, y por el Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, como propietario del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, cuando en desarrollo de reunión celebrada el día 9 de octubre de 2.000, convocada por la Secretaría de Educación Distrital, en uso, precisamente, de sus facultades legales de control y seguimiento sobre la actividad de los Colegios del Distrito de Cartagena, la Doctora DELLY DIAZ WRIGHT, coordinadora de la Zona Histórica y Turística de esa Secretaría, y tratando el primer punto referente al: "INFORME DEL DESARROLLO DE LA VISITA DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN, EFECTUADA LA SEMANA ANTERIOR, A CARGO DE LA DOCTORA DELLY DIAZ" (Resalto en mayúsculas), la misma funcionaria, impartió una orden administrativa sobre la forma de publicidad de ambos colegios: " 1º) La Doctora Delly Díaz informa que, como resultado de la visita a la Institución ésta amerita reconocimiento oficial de estudio en todos sus niveles y que en el instrumento de evaluación quedan consignadas las fortalezas y debilidades, el cual será estudiado posteriormente por la comunidad educativa. La Coordinadora de la Zona expresa la prohibición absoluta a todos los miembros de la sociedad Colegio de la Esperanza, de distribuir propaganda alguna dentro del plantel, referente al Colegio de la **Esperanza o la Nueva Esperanza**, buscando con esto que no se utilice a los niños en la distribución de esta propaganda." (Resalto) Esta prohibición fue acatada por el Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, quien con posterioridad a esta decisión de la autoridad competente, no distribuyó publicidad interna alguna en el colegio del centro de la Ciudad.

Como fácilmente puede observarse, el proyecto educativo del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, reconoce la facultad a este plantel para matricular alumnos, con la difusión pública sobre esta labor, siendo de competencia exclusiva de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR y/o de la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA el ejercicio del control administrativo en el cumplimiento de las normas legales para la debida ejecución de esta etapa, y de las subsiguientes, como derechos otorgados al Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, coordinando con los municipios y localidades los mecanismos e instrumentos que consideren necesarios para el registro y seguimiento del proyecto, de acuerdo con lo establecido especialmente en los 14, 15 y 16 del decreto 1860 de 1.994, en concordancia con el artículo 73 de la Ley 115 de 1.994, en armonía con las ordenanzas departamentales que recogen esta normatividad.

Es de resaltar como una de las socias denunciante, de acuerdo con documento que obra en el expediente, elevó un derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Cartagena, de fecha: 27 de junio de 2.000, para consultar a esta entidad competente sobre aspectos del surgido conflicto, preguntado sobre los efectos de la conducta del Sr. Jorge Irisarri: " La conducta del Sr. Jorge Irisarri puede considerarse legítima y adecuada a su condición de rector y educador, **o por el contrario ser constitutiva de falta grave investigable por esa secretaria o por cualquier otro órgano controlador de la educación y de quienes la ejercen. ?**" (Resalto)

Nótese, igualmente, como el, Dr. Alfonso Soria M., solicita, en documento que obra en el expediente, memorial de fecha: Dic. 11/2.000, que se comunique a la Secretaría Departamental de Bolívar y a la Secretaría de Educación Distrital el contenido de las medidas cautelares para los efectos de ley, reconociendo a estas autoridades como las que eventualmente tendrían la potestad de hacer efectivas este tipo de medidas, por directo Ministerio de la Ley, y, por tanto, como la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para aplicar este tipo de medidas en el campo educativo.

Por consiguiente, la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para conocer, dictar medidas cautelares y resolver sobre conflictos generados por la forma como se vienen ejecutando en el Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C (COLEGIO LA ESPERANZA LTDA.) y con una promoción hacia el Departamento de Bolívar (COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA) proyectos educativos institucionales, registrados ante las especializadas autoridades competentes, dado que, además, no tendría aplicación, ante la generalidad de la Ley 256 de 1.996, lo dispuesto en su artículo tercero, primer inciso, que reza: " Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado ", porque la normatividad especial sobre el tema educativo, en elemental y clarísima regla de hermenéutica,

Por la cual se resuelve un recurso

prima sobre la general. " In toto jure generi per speciem derogatur, et ilud potissimum habetur quod ad speciem directum, est. " En toda legislación, la ley especial prevalece sobre la general.

Es de resaltar, además, como es de pleno conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, que el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, cuenta con licencia de funcionamiento expedida mediante RESOLUCION NUMERO 252 DE JUNIO 5/2.001, confirmada por Resolución 263 de Juli09/2.001, actos administrativos creadores de una situación particular y concreta, irrevocables sin orden expresa de su titular, y dotados de legalidad, validez y firmeza.

III - EL MARCO CONCEPTUAL EN PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Queda suficientemente claro que la resolución de la referencia, debe ser revocada por carecer de competencia la Superintendencia de Industria y Comercio, por la naturaleza educativa del asunto y por tratarse de una discrepancia entre quienes como socios deben atenerse a lo dispuesto en el contrato social para resolver sus conflictos. No obstante, examinaremos cada uno de los puntos en que se pretende fundamentar las decisión cautelar contenida en el acto recurrido, dado que sólo revoca parcialmente, en sus partes resolutivas, las resoluciones que indica, y en cuyos considerandos, en consecuencia, continua apoyada necesariamente.

Por consiguiente, en obvio concluir que continua reconociendo la Superintendencia de Industria y Comercio, al sólo proceder a revocar parcialmente unas medidas cautelares, que las discusiones sobre asuntos de hecho y de derecho en relación con la competencia desleal sólo " **...serán objeto de la investigación** cuando una vez culminada la **averiguación preliminar pertinente** esta Superintendencia decida abrir la investigación pertinente. " (Resolución 032616 -Dic.2000) (Resalto) Por tanto, no existe una investigación definitiva sobre el mérito del asunto, ni en sus razones de hecho o de derecho, y se desconoce cual ha sido la denominada averiguación preliminar pertinente, habiéndose sustentado las medidas cautelares en el simple dicho del actor.

IV - IMPROCEDIBILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De igual forma la resolución impugnada, también se sustenta necesariamente en los considerandos de las resoluciones que parcialmente revoca, entre los cuales se anota: " Al decidir sobre las medidas cautelares dentro de los mismos procesos la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, para comenzar, evaluar **si está comprobada** la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma. " (Res.032616-Dic.2.000) ; sin que ni uno u otro aspecto aparezca comprobado.

En otro aparte, sobre el fundamento general para dictar medidas cautelares, la misma Superintendencia consignó que: " En relación con los hechos el nivel probatorio es diferente del requerido para adoptar la decisión definitiva. **Aquí bastará con lo manifestado por el denunciante, siempre que los documentos y afirmaciones que se presenten no lleven implícitas contradicciones** y que ninguno de los hechos básicos requieran de prueba calificada. " (Se resalta)

Sin embargo, la enorme contradicción implícita en los documentos y afirmaciones que presentó el denunciante, y de lo cual todavía no se percata la Superintendencia, consiste en que el conflicto planteado es sobre el desarrollo de procesos educativos institucionales, con sus propias autoridades de vigilancia y control, y no de asuntos relacionados con actividades industriales o comerciales, o con cualesquiera otra actividad del mercado sin la especialidad de la regulación jurídica sobre el servicio educativo; o de diferencias entre socios de un mismo ente societario, cuando, además, el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, de acuerdo con los documentos aportados por el denunciante, tiene una ubicación geográfica en el municipio de Turbaco en el Departamento de Bolívar, entidad territorial diferente y distante del Centro amurallado del Distrito de Cartagena de Indias, donde tiene su sede el COLEGIO DE LA

Por la cual se resuelve un recurso

ESPERANZA LTDA.

V - FALTA DE COMPROBACION DE LA REALIZACION O LA INMINENCIA DE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Se continua equivocando la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando acudiendo a simples revocatorias parciales permanece en el error de dictar y sostener medidas cautelares en este asunto.

En efecto, el artículo 31 de la Ley 256 de 1.996, expresa que: " para que procedan las medidas cautelares sin oír a la parte contraria es necesario que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal **se encuentre comprobado.** " (Se resalta)

" COMPROBACION: En general, equivale a prueba. La averiguación, verificación o confirmación fehaciente de la existencia de un hecho - COMPROBANTE. Que comprueba. Recibo. Resguardo - COMPROBAR. Verificar, confirmar, ratificar la exactitud de un dicho o un hecho. --- FEHACIENTE: Verdadero, fidedigno, auténtico, merecedor de crédito. Lo que hace fe (SIC) en juicio " (DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL - Guillermo Cabanellas de Torres Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires - Argentina)

Sin embargo, está claro que en la misma Resolución 032616 de 01 de diciembre /2.000, acto confirmado, en el cual necesariamente se apoya la resolución que impugno, la Superintendencia en una inapropiada remisión al artículo 30 del Código Civil afirma que: " esta comprobación, particular para fines de las medidas cautelares, exige un grado de certeza distinto del requerido como resultado de la investigación para imposición de sanciones. Mientras que para la decisión de medidas cautelares basta constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia con una o alguna de las conductas descritas en la Ley 256 de 1.996 " De tal manera que, la sólo narrativa de hechos sobre competencia desleal, atribuyéndoselos a respetables empresas del País, es suficiente para que la Superintendencia de Industria y Comercio profiera las medidas cautelares contra las mismas, ordenando, incluso, la suspensión de la actividad industrial o comercial respectiva, sin adelantar siquiera alguna diligencia preliminar de comprobación.

El artículo 31 de la Ley 256 de 1.996 exige expresamente y sin ambigüedades: "... para que procedan las medidas cautelares sin oír a la parte contraria es necesario que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobado. " El artículo 30 del Código Civil trata sobre la armonía de un contexto legal, con cada una de sus partes, sin que el artículo 31 tenga contradicción alguna con el contexto legal de la Ley 256 de 1.996, en la cual esta contenido adecuadamente. Todo lo contrario, el artículo 31 contiene una exigencia especial, para una circunstancia especial: el decreto de medidas cautelares sin oír a la parte contraria. La exigencia de la comprobación tiene sentido lógico, porque al no haber intervenido la parte contraria es necesario ese grado de demostración fehaciente como lo indica el Diccionario Jurídico Elemental transcrito. La certeza no tiene grados. Lo que está dotado de certeza, es verdad, sin dubitación alguna. " CERTEZA. De cierto. Conocimiento seguro y claro de alguna cosa. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar. " (DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA -VIGESIMA PRIMERA EDICION - Editorial Espasa Calpe S.A - Madrid -España)

De tal manera que, la disposición jurídica que debe aplicarse para interpretar el art. 31 de la Ley 256 de 1.996, es la establecida en el artículo 27 del Código Civil, el cual es del siguiente tenor: " Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tener literal a pretexto de consultar su espíritu. " El criterio de la Superintendencia, por tanto, es errado y vulnera el principio constitucional del debido proceso.

VI - INEXISTENCIA DE DESVIACION DE CLIENTELA

Debemos insistir ante la Superintendencia de Industria y Comercio, dado que, como ya lo hemos anotado, el acto que se impugna está esencialmente sustentado, como medidas cautelar, a las consideraciones de

Por la cual se resuelve un recurso

los actos que tan solo revoca parcialmente, que dichos sustentos son irreales. La desviación de clientela no existe como uno de los factores para que pueda generarse el acto de competencia desleal porque no se reúnen los requisitos que la ley exige en su configuración.

En efecto, no hay desviación de la clientela porque, en primer lugar, no existe clientela, que es un concepto esencialmente comercial. La actividad educativa no lo es, por expresa definición de ley. En segundo lugar, tampoco habría desviación de clientela porque la conducta de un alumno o de sus padres, según el caso, no se ajusta al concepto de clientela, dado que su vinculación al Colegio no está condicionada a la motivación mercantil, sino a la de carácter educativa. Un colegio es una comunidad de personas que adelantan un proceso planificado de enseñanza y aprendizaje, inscrito ante las autoridades competentes, ajustado a las necesidades y aspiraciones del profesorado, de los padres y estudiantes, sin que esta actividad haya sido catalogada como típicamente mercantilista.

De otra parte, y sólo ante la existencia hipotética de una clientela comercial, irreal en este caso, ésta se produciría al interior de un mercado que podría ser atribuible a determinados competidores en la medida en que se reúnan los tres requisitos que la doctrina mercantil requiere para su cierta connotación y presencia: a) La naturaleza del producto o servicio; b) La dimensión del área geográfica cubierta y c) El tipo de cliente.

En el caso que nos ocupa, si bien es innegable que el servicio que debe prestarse, la educación, y sólo ante la existencia hipotética de un servicio comercial, que no es cierto en este caso, es común a ambos colegios, no puede predicarse los mismo del área geográfica y del tipo de cliente, en todo caso supuesto. Dice Velilla que: " las dimensiones de la zona es el seno en el cual se confrontan efectivamente la oferta y la demanda del producto o del servicio, pueden ser determinadas sobre un plano geográfico en función de elementos muy diversos tales como el grado de protección tarifaria o no en la frontera, la importancia de las importaciones, el carácter poderoso del producto, la relación entre el costo del transporte y su valor final, la importancia de los servicios accesorios al suministro del producto, entre otros. " (Superintendencia de Industria y Comercio. Derecho de la competencia. P. 189-190)

Por consiguiente, la ubicación del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA en el municipio de Turbaco (Bolívar) a doce (12) kilómetros de Cartagena, y muchos más del centro de la Ciudad, demuestra que la oferta educativa es diferente. Mal podría tomarse una publicación donde se diga que el reconocido rector por un período de 30 años del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, con posterioridad a su desvinculación unilateral, como Rector, por los nuevos directivos del plantel, ha fundado, con la comunidad educativa que se vincule para el presente año, un nuevo Colegio y que deja la ciudad antigua para seguir siendo el mejor, como un propósito de desviar la clientela a otro establecimiento educativo, cuando es un hecho de pública notoriedad la división surgida entre los socios del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., y la continuidad del funcionamiento de este plantel en el sector amurallado de la Ciudad, como una de sus indudables fortalezas para matricular estudiantes domiciliados en los barrios cercanos y en general en el Distrito de Cartagena. De tal manera que, la propaganda sobre la ubicación del nuevo Colegio en Turbaco, es una circunstancia que les favorece, sin que puede prohibirse al distinguido rector, Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, que anuncie públicamente que dirigirá esta otra entidad educativa y que su sana y objetiva aspiración es seguir siendo el mejor.

Este mismo propósito, la estrategia educativa en área geográfica muy distante del Centro de la Ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C., justifica, de alguna manera, la existencia de un tipo de clientela, que no lo es, como viene explicado, diferente, y la preferencia del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA en sacrificar la cantidad por la calidad, porque con su localización en una zona de estrato medio-alto en un municipio distinto a Cartagena se comprueba que se está en presencia de un proyecto educativo institucional distinto que la ley promueve y estimula.

Desde otro punto de vista, e insistiendo, con todo respeto, que matricular a futuros estudiantes de

Por la cual se resuelve un recurso

preescolar, primaria o bachillerato no es un acto mercantil o comercial, como tampoco que a los padres de familia y al mismo estudiantado pueda dárseles el calificativo de clientela, la Superintendencia expresa en su Resolución que: " ha manifestado en otras oportunidades que ganar clientela de un competidor no es de suyo ilegal, ni reprochable " (Res.32616/2000); por tanto, mucho menos puede ser ilegal y reprochable, cuando no se trata de clientela, y cuando los alumnos al culminar un año escolar tienen la completa libertad de renovar sus matrículas o de matricularse en un nuevo plantel, sin que ningún plantel educativo pueda reclamar como alumnos suyos los que han culminado un su seno un año de estudios amparado por contrato educativo cuya vigencia expira el 30 de noviembre en el denominado calendario A, dado que por esta terminación dejan de ser alumnos del Colegio donde cumplieron su correspondiente período anual.

Por estas elementales razones, es absolutamente equívoco lo que afirma la Superintendencia cuando dice: " En este caso, el Colegio La Esperanza Ltda. cuenta con un grupo de alumnos que se constituyen en la clientela de ese establecimiento educativo "; (Res.32616-2.000) como tampoco pueden endilgarse la utilización de mecanismos o estrategias violatorias de sanas costumbres mercantiles o usos deshonestos en el ámbito comercial, en la ejecución de proyectos institucionales educativos, que no son actividades comerciales.

No es cierto, igualmente, que el Sr. JORGE IRISARRI NUNEZ, siendo rector del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. " anunció mintiendo ... ", (Res. 32616-2 .000) porque mi poderdante fue retirado unilateralmente del antiguo Colegio a partir del día 1° de junio de 2.000, fecha en que se le reconoce status de jubilado del Colegio, decisión adoptada en junta de socios del día 24 de marzo de 2.000, siendo designado en otra junta de fecha: Octubre 9 de 2.000 como rector provisional en la modalidad de prestación de servicios durante los meses de octubre y noviembre de ese mismo año, y las publicaciones sobre el nuevo Colegio hacen referencia a lícitas aspiraciones para proseguir en su derecho al trabajo como rector del plantel que se fundaría e iniciaría labores en el año 2.001, con el sello de su brillante trayectoria y experiencia durante más de 30 años en el COLEGIO DE LA ESPERANZA LTDA., entidad de la cual siempre ha reconocido y afirmado la continuidad en su funcionamiento en el sector céntrico de la Ciudad, como hecho, reiteramos, que es de pública notoriedad.

Sobre este concreto aspecto, la misma Superintendencia reconoce una simple y llana deducción, al afirmar: " Se deduce que esa actuación **podría** resultar contraria a las sanas costumbres mercantiles y al principio de la buena fé, por lo cual **resultaría** idónea para cumplir con el condicionamiento previsto en esta disposición. ", (Res. 032616-2.000) (Se resalta) o sea, sin comprobación alguna, como lo exige la ley, y aceptando la Superintendencia que es un punto fáctico hipotético, pero indudablemente errado, porque matricular futuros alumnos, se insiste con respeto, no es una costumbre mercantil, como tampoco difundir informaciones para obtener matrículas con efectos en el período anual de 2.001 en desarrollo de un registrado proyecto educativo institucional de futuro.

VII - INEXISTENCIA DE ACTOS DE CONFUSION - CLAUSULA ARBITRAL - OTRO FACTOR DE INCOMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Igualmente, ha tratado de sustentar la Superintendencia, y ahora lo continúa (SIC) haciendo con la simple revocatoria parcial que se impugna, que la premisa de actos de confusión se presenta porque de acuerdo con " el artículo 10 de la ley 256 de 1.996 se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento **ajenos** ", cuando esta norma resulta inaplicable a nuestro caso, dado que la reputación que se explota con el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, es la reconocida imagen del Rector, Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ. Adicionalmente, el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., no es ajeno, mal podría considerarse que su reputación es ajena a mi representado, puesto que también es de su propiedad, el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. Sr. Superintendente, es también del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, en su calidad de socio con una participación de cuotas de interés social de 29.78 y con un interés vitalicio, por su seguridad social, en los resultados económicos y financieros de esta entidad educativa, porque es jubilado directo de

Por la cual se resuelve un recurso

la misma.

Queda claro, entonces, que el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA se encuentra explotando una reputación propia, la de su Señor Rector, JORGE IRISARRI NUÑEZ, y no hay duda alguna que el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. no es ajeno a mi representado, y no es propiedad exclusiva de los demandantes, como lo hace ver la Superintendencia, dado que se omitió comunicar a la respetable entidad este trascendente e indiscutible hecho.

Además, los avisos de prensa, se encuentran sustentados en conceptos de prestigiosos publicistas que se resumen en el significado de la imagen corporativa del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA., de acuerdo con el siguiente estudio elaborado por la firma PLANES y PROYECTOS BENJAMIN OLIER BUENO - ALEJANDRO OLIER CAPARROSO.

" AVISO DE PRENSA:

Está enfocado a resaltar la principal fortaleza de la Institución a saber, la gran experiencia del rector JORGE IRISARRI N.

Se inicia con el eslogan: "... --- Dejamos la Ciudad Antigua para seguir siendo el Mejor !!!: En éste se hace referencia a la aplicación de las nuevas tecnologías a la Institución, al salir el rector (considerado el mejor de la ciudad, y de corte tradicional en cuanto a la implementación de la metodología académica respecta), del centro amurallado (sector tradicional), para una sede campestre en donde se incorporarán los últimos adelantos tecnológicos a la academia.

En la parte inferior de éste, y en negrilla, se destaca el nombre del rector resaltándose, de paso, su gran experiencia de más de treinta años liderando la educación en Colombia.

LOGO:

Se manejan tres colores: Azul rey, Verde y Blanco. Sus significados son:

- Azul Rey: Representa lo novedoso y actual de la tecnología aplicada a la enseñanza.
- Verde: Representa la esperanza que tienen los padres de familia de ver a sus hijos formados como personas íntegras y altamente competitivos.
- Blanco: Representa la paz y los valores que deben inculcarse a estas nuevas generaciones. "

Los avisos publicados no han creado confusión alguna. La principal fortaleza del COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA es la imagen de su rector, Sr. JORGE IRRISARI NUÑEZ que por sí sólo arrastra y congrega, aspecto que enfatizan los avisos para promocionar la novedosa institución.

En efecto, y al contrario de lo que se afirma, el retiro del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, fue conocido por la comunidad educativa del COLEGIO DE LA ESPERANZA LTDA., en el año 2.000, quienes se opusieron y protestaron públicamente esta decisión, afirmando desde ese instante que continuarían con el nuevo rector: " así sea debajo de un árbol. ... ", como lo afirma uno de los testimonios que se anexan.

El diario " El Universal " de la ciudad de Cartagena, en su edición del sábado 17 de junio de 2.000, en su página 3A, presentó el siguiente titular: " Inconformidad en La Esperanza por cambio de rector ", publicando una foto del mitin estudiantil y reseñando lo ocurrido durante la protesta que se realizó como consecuencia de la separación del cargo de rector del Sr. Irisarri. En la nota periodística se resalta como algunos carteles de los estudiantes expresaban: " No conviertan a la Esperanza en un colegio más. Esta institución es nuestro plantel y por eso lucharemos por él. El alma del Colegio no se puede ir. No aceptamos aparecidos en la dirección. "

En otra publicación del mismo diario, en su edición del 21 de junio de 2.000, aparece el siguiente titular " Padres de la Esperanza no quieren un nuevo rector " En el artículo del diario se hacen públicas diciéndo declaraciones de los padres de familia como miembros conformantes de la comunidad educativa: " En la asamblea más de 570 padres de familia aprobaron una declaración que fue enviada a la junta de socios

Por la cual se resuelve un recurso

del colegio de la Esperanza exigiendo la continuidad como rector de Jorge Irisarri de quien exaltan su dedicación y manejo que han permitido el desarrollo y consolidación de este plantel como el mejor de Cartagena y uno de los mejores de Colombia. " En esa misma declaración los padres también se muestran preocupados por el retiro de Jorge Irisarri de la rectoría, hecho que califican de injusto porque a su juicio él ha dedicado su vida con entusiasmo y amor al mantenimiento de la calidad académica del Colegio. " En igual sentido, se pronuncian los padres al manifestar " que el retiro de Jorge Irisarri significaría que los dueños del colegio están incumpliendo el contrato que los padres firmaron a principios de año y que el hecho podría tener graves consecuencias jurídicas ", y concluyeron: " que insistirán con todas las herramientas legales para lograr la permanencia del actual rector del colegio de la Esperanza, pues consideran que la opinión de más del 95% de los padres de familia debe ser escuchada y atendida. "

En consecuencia, es imposible jurídico sindicar de actos de competencia desleal al Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, cuando quienes fueron sus alumnos lo consideran el alma del colegio, y el 95% de los padres de familia clamaron por su permanencia. Es suficiente, por tanto, dar a conocer un nuevo colegio bajo la rectoría del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, para que por su imagen se iniciara el nuevo proyecto educativo institucional, asumiendo el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., también propiedad de mi representado, pero ya sin su rectoría, el reto de continuar con otro cuerpo directivo. Así lo conoció y lo expresó la comunidad educativa, antes de la fundación del nuevo plantel, y la misma comunidad es concedora de la permanencia de dos colegios, uno en el Centro de la Ciudad y otro en el municipio de Turbaco (Bol.) . No puede ser confundida esta comunidad educativa, como en general la comunidad Cartagenera, quienes por los hechos relatados siempre han tenido toda la información, desde el inicio de los discordantes incidentes, y contando con una libre y absoluta capacidad de elección para la educación de sus hijos en circunstancias hechas públicas a través de masivos medios de comunicación social.

De igual forma, los profesores y el personal administrativo de la entonces comunidad educativa del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., rindieron un homenaje al Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, como reconocimiento a su excelentísima labor al frente de esa institución, y que con su llegada al Colegio a mediados de los años 60 se evidenció el espíritu innovador que siempre le ha caracterizado para el beneficio de los estudiantes y del personal docente.

Sobre la forma de vinculación de alumnos a través de sus padres de familia, profesores y personal administrativo al COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, éstos rindieron declaraciones extraprocesales, ante la Notaría Tercera de Cartagena, en la cual expresaron, entre otros aspectos lo siguiente:

" Sí matriculé a mi hijo Juan Sebastián Mantilla que estudiaba en el Colegio De la Esperanza, y además lo matriculé en el nuevo Colegio porque confío plenamente en su filosofía y valores que le inculca Don Jorge Irisarri a sus educandos. Esto me motivó a matricular también a otro hijo mío de nombre David Guillermo Mantilla en este nuevo plantel. ..." Al responder otra pregunta sobre si se sintió confundida o engañada o desinformada, presionada por las informaciones suministradas por el Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, con la creación de su nuevo Colegio, contestó: " En ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Tuve bien claro que existía un conflicto familiar dentro del seno del Colegio, ya que hubo hechos públicos y notorios que trascendió a la comunidad educativa y a la ciudadanía en general " (Declaración de la Sra. JUDITH DEL PILAR QUINTERO LOBO - Madre de familia) -

En similar sentido declaró la Sra. PATRICIA LARA DE PADILLA, ante la decisión de matricular a su hija en el nuevo plantel, PATRICIA PAOLA PADILLA LARA.

" Una vez venció el periodo académico, tanto el empleador, como el profesor, quedamos en absoluta libertad y sin compromisos contractuales, pudiendo uno vincularse con otras instituciones educativas si así lo desea. . . " (Declaración del profesor DAVID JIMENEZ B., sobre los motivos por los cuales se vinculará al nuevo plantel sin presión o confusión alguno).

" Como yo renuncié voluntariamente, tengo la posibilidad de trabajar en el nuevo programa educativo de

Por la cual se resuelve un recurso

Don Jorge Irisarri. Como esas labores académicas, empiezan a partir de febrero del año 2.001, tengo la gran expectativa de trabajar con él, bajo mi decisión espontánea (SIC) y libre. ... " (Declaración del profesor PABLO TOBAR BERNAL).

" Jamás me sentí ni presionada, ni confundida. Cuando Don Jorge era rector del colegio de la Esperanza Ltda. siempre trabajaba bien con él, por cuanto es una persona de buenos tratos y con bastante conocimiento de la parte administrativa. Si tengo la oportunidad de trabajar en su nuevo proyecto educativo lo haré muy gustosa. " (LUISA MERCEDES FORTICH GOMEZ ex secretaria del Colegio La Esperanza Ltda.)

" Bueno yo si me desvinculé voluntariamente y en la actualidad estoy haciendo gestiones en otra parte, e incluso con Don Jorge, para ver si me emplea en su nuevo Colegio. Nunca me sentí ni presionada, ni confundida. Don Jorge es una persona excelente y un buen jefe. " (YESENIA MARIA MUÑOZ VILLADIEGO ex jefe de recaudos del Colegio La Esperanza Ltda.)

No pueden surgir actos de competencia desleal frente a esta comunidad educativa enterada, conocedora, calificada, mal denominada clientela, y que tiene conocimiento de causa eficiente sobre todos los detalles de un conflicto familiar, o de una sociedad civil familiar, de la cual hace parte el denunciado, regulada por sus propios estatutos, incluso para resolver sus diferencias de acuerdo con cláusula compromisoria sujeta a un eventual proceso arbitral que se constituye en otro factor demostrativo, como viene manifestado, de la carencia de competencia de la Superintendencia de Industria y comercio para resolver este asunto.

Sobre la existencia de este conflicto familiar societario, la socia SONIA IRISARRI NUÑEZ, en documento que obra en el expediente, de fecha 13 de octubre de 2.000, comunica al Presidente del Club Cartagena " ... que no permita en esa sede la realización de eventos organizados por el Sr. Jorge Irisarri N. dado que la utilización indebida del acto académico para fines promocionales de actividades del Sr. Jorge I., **contrarios a los intereses sociales**, por lo que en nombre de la familia Irisarri Nuñez ... " (Resalto)

De igual forma, el poder que le viene otorgado al Dr. ALFONSO SORIA MENDOZA, reconoce la existencia del conflicto familiar societario, puesto que fue conferido por SONIA IRISARRI NUÑEZ y VICTORIA EUGENIA IRISARRI NUÑEZ, " obrando en nombre y representación del COLEGIO DE LA ESPERANZA LTDA., la primera, y la segunda en su condición de representante legal suplente del Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, dado que la representación legal es conjunta. " De tal manera, se trata de una acción de unos socios contra otro que tiene la misma calidad por causa de un mismo contrato social.

Los estatutos de la sociedad COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., establecen la forma de resolver estos conflictos entre socios mediante la utilización de lo pactado como cláusula compromisoria: " Toda diferencia o controversia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un tribunal de arbitramento compuesto (SIC) por tres árbitros designados por los socios. Si estos no se pusieren de acuerdo en su designación serán designados por la Cámara de Comercio de Cartagena Departamento de Bolívar, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha cámara. El tribunal, así constituido se sujetará por lo dispuesto en el decreto 2279 de 1.989 y demás normas pertinentes y las demás disposiciones legales que lo modifiquen o adicionen, de acuerdo con las siguientes reglas. ... " (artículo 36 - Estatutos de la sociedad COLEGIO LA ESPERANZA LTDA. Escritura 1.341 de 19 de mayo de 1.997, otorgada en la Notaría Cuarta del Circulo de Cartagena)

Es sabido que la CLAUSULA COMPROMISORIA, en la cual se sustenta el mecanismo de defensa exceptivo también denominado DECLINATORIA DE JURISDICCION, es aquella que " consiste en la estipulación contenida en un negocio mediante la cual las partes prometen que de presentarse diferencias entre ellas, su solución se someterá a la decisión de árbitros; su existencia antecede al conflicto aunque prevé la posibilidad de su ocurrencia. ... " " ... aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir o alguna

Por la cual se resuelve un recurso

de ellas. " Nuestra Corte Suprema de Justicia con respecto a este tópico dijo: " Trátase pues de un acuerdo de voluntades también solemne pero necesariamente accesorio, celebrado igualmente entre personas capaces de transigir que persigue los mismos fines del compromiso y que está sujeto a idéntica regulación legal, sólo que en el momento de su celebración aún no ha surgido ninguna controversia entre las partes. En ambos hay una derogación convencional de la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a la arbitral, cuyo fallo, según lo que convengan las partes puede ser proferido en derecho o en conciencia. " (C.J. CXLI, p.9).- Con igual filosofía el actual Código de Procedimiento Civil, regula el proceso arbitral a todo lo largo del Título XXXIII del Libro Tercero; mientras que el Código de Comercio trasladó a su articulado dicha institución, como aparece a partir de su precepto 2.011. " (DANIEL SUAREZ HERNANDEZ LA CLAUSULA COMPROMISORIA y EL COMPROMISO COMO MOTIVOS DE EXCEPCION PREVIA) (Conferencia publicada por la Universidad Externado de Colombia -1.997). Esta institución, además, se encuentra regulada por la Ley 23/91, el Dto. 2279/89 y el D.E. 2651/91)

Ante tanta claridad sobre la real existencia de un conflicto familiar enmarcado en un contrato social con cláusula compromisoria, sobre la ejecución de proyectos educativos institucionales, la Superintendencia de Industria y Comercio, insisto con todo respeto, carece de competencia para conocer de este asunto.

VIII - INEXISTENCIA DE EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA - DEBIDA EXPLOTACION DE LA REPUTACION PERSONAL.

Como el acto que se pide sea revocado contiene simplemente una revocatoria parcial, pero manteniendo el decreto de la respectiva medida cautelar, es lógico concluir que La Superintendencia continua en su error de sostener que aquí, en este asunto, " podría encuadrar" la explotación de la reputación ajena que: " Se señala en el artículo 15 que se considera desleal el aprovechamiento en beneficio ajeno o propio de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional **adquirida por otros en el mercado** ", (Se resalta) agregando, " De la forma como el denunciado se expresa **del colegio de los denunciantes**, es posible concluir, para lo que se necesita en esta etapa, que el colegio La Esperanza tiene buena reputación como establecimiento educativo en Cartagena. "

Es innegable que siempre la ha tenido, y la continúa teniendo. Pero la reputación que explota el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, es la reputación de Don JORGE IRISARRI NUÑEZ; y el colegio La Esperanza Ltda. no es de los denunciantes, o sólo de los denunciantes, ahora sí conoce la Superintendencia que mi asistido es también propietario del COLEGIO LA ESPERANZA LTDA.; y mucho menos, es la reputación adquirida por otros en el mercado, puesto que esa reputación es también el resultado de más de 30 años de una magnífica rectoría ejercida por el Sr. JORGE IRRISARI NUÑEZ, buen nombre y reputación que continuará explotando el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., que no es ajeno al denunciado porque es también su propietario social.

No es posible encajar, ni encuadrar, por consiguiente, los hechos narrados frente a una situación de hecho y de derecho, manifestada ahora en su integridad, que desvirtúa por completo las aseveraciones de la parte que temerariamente denuncia, y hacen improcedente la aplicación de la norma que prohíbe el aprovechamiento de la reputación adquirida por otros, cuando no se aprovecha esa reputación, se aprovecha la propia, y cuando, en nuestro caso, esa reputación fue adquirida también por el concurso del denunciado, de acuerdo con la aclamación que le hace la calificada comunidad educativa.

IX - INEXISTENCIA DE PELIGRO GRAVE O DE PELIGRO INMINENTE

De igual forma, continuamos sosteniendo, en armonía con lo expresado, que sin la existencia de competencia desleal por falta de comprobación del acto de esta naturaleza y porque, adicionalmente, no existe desviación de clientela, ni actos de confusión con actividad o establecimientos ajenos, ni explotación de la reputación ajena, para poder configurar la supuesta deslealtad competitiva, mal podría producirse el denominado peligro grave ni el peligro inminente.

Por la cual se resuelve un recurso

Con acierto la Superintendencia había negado el decreto de medidas cautelares en este caso, dado que no se argumentaron ni demostraron los presuntos motivos o la gravedad del peligro. Dijo entonces la Superintendencia: " No existe en la descripción de los hechos narrados la determinación clara de la gravedad del daño. ...

" (Pie de pagina, Resolución 03216-2000)

Sin embargo, considero que en el escrito de reposición del denunciante se " ... expresan nuevas circunstancias o hechos. ... " no informados en el escrito de demanda, y optó por decretar las infundamentadas medidas de cautela que se impugnan.

Y no existen nuevos hechos, Sr. Superintendente, ni en ese momento ni ahora, puesto que siempre, por recta razón, el peligro grave de una desviación de clientela, en este caso supuesta, inexistente, cuando se hace alusión al estudiantado, es que la clientela confusa, engañada cambie de oferente, y este aspecto siempre se dio a conocer a la Superintendencia, y está demostrado que la comunidad educativa no viene actuando confundida. Además, no hay, no puede haber, la deserción de alumnos, hecho que supone la Superintendencia como último fundamento para el decreto de medidas cautelares sin oír a la parte denunciada " la deserción de dichos alumnos el colegio se vería imposibilitado para continuar su objeto social.", cuando en materia educativa ningún Colegio puede exigir la permanencia indefinida de sus alumnos. El contrato educativo, de acuerdo con las previsiones legales, es un acto bilateral de voluntades celebrado entre los padres de familia y el Colegio, sometido expresamente a un término, la vigencia del respectivo año escolar, por esto los colegios siempre tienen la expectativa de renovación o crecimiento de su alumnado para los próximos períodos en los cuales es necesario la celebración de un nuevo contrato.

De lo anterior se desprende que el término " deserción " resulta inaplicable en el desarrollo de proyectos educativos institucionales. Esta demostrada la vinculación voluntaria y sin error de los padres de familia que han matriculado a sus hijos para el año 2.001 en el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA. No se puede desertar, cuando no se está obligado a permanecer y cuando es lícito iniciar nuevos estudios, en nuevos colegios.

Además, peligro para quién? Para el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., del cual es socio mi representado? Para el Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, quien como su socio también se vería en peligro y perjudicado ? o para los padres de familia, profesores y personal administrativo que con conocimiento, libre y espontáneamente escogieron al COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA para adelantar actividades en el 2.001?

X-INEXISTENCIA DE PELIGRO INMINENTE

La capacidad comprobada de la calificada comunidad educativa que se encuentra en proceso de matrículas en el COLEGIO LA NUEVA ESPERANZA, con pleno conocimiento de la existencia concurrente de los dos colegios, desvirtúa por completo la nociones de peligro grave e inminente por la mal denominada deserción de clientes, en virtud de una supuesta e inventada desinformación. El alumnado, la comunidad educativa, de uno u otro colegio, estará conformada, en el 2.001, por estudiantes, padres de familia y profesores que libre, espontánea (SIC) y voluntariamente han escogido, han seleccionado el plantel educativo de su preferencia para el normal proceso de enseñanza- aprendizaje en ese año académico.

Lo que ocurre es que el COLEGIO LA ESPERANZA LTDA., también propiedad del injustamente denunciado, Sr. JORGE IRISARRI NUÑEZ, o sus actuales directivos, han limitado su estrategia educativa en procurar las matrículas de los alumnos del año anterior, cuando fue el mismo colegio, o mejor sus recientes directivos y algunos de sus socios, quienes desatendieron la casi unánime y clamorosa petición

Por la cual se resuelve un recurso

de la comunidad para que el excelentísimo rector permaneciera rigiendo los destinos del histórico y renombrado centro educativo. Lo padres, alumnos, los profesores y algunos empleados administrativos siguieron a quien había sido su rector por tantos años. La comunidad educativa así se unió, como lo llamaron quienes quieren seguir siendo sus estudiantes, al alma del colegio. y así siempre lo manifestaron en públicas declaraciones: " Dure lo que dure, cueste lo que cueste, si luchamos como hermanos, con Jorge nos quedamos. "

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.

1. Instauración de demanda o acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que se revocaron parcialmente y contra la resolución No. 07952 de 5 de marzo de 2001, confirmatoria de las revocadas parcialmente.

Según el recurrente, aceptar la resolución impugnada, sería tanto como desistir de la acción judicial de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta el 10 de septiembre de 2001 en contra de las resoluciones 032616 de 01 de diciembre de 2000, 033129 de 20 de diciembre de 2000 y 07952 de 5 de marzo de 2001, mediante las cuales se imponen las medidas cautelares a cargo del señor Jorge Irisarri Nuñez.

Este Despacho no comparte la posición expuesta por el recurrente encaminada a crear una relación de causalidad entre las resoluciones que fueron demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la que actualmente se debate en vía gubernativa.

Si bien es cierto que el acto recurrido modifica en parte una de las obligaciones impuestas como medida cautelar a cargo del señor Jorge Irisarri, no puede desestimarse de plano su contenido por el hecho de existir ante los Tribunales Administrativos una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones que fueron modificadas.

Al respecto, el código contencioso administrativo establece en su artículo 66 el principio de legalidad: "Salvo norma expresa en contrario, los Actos Administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Circunstancia que no ha ocurrido en la presente actuación.

De igual forma, la administración puede exigir su cumplimiento desde el mismo momento en que el acto cobra firmeza. ¹Al respecto la Doctrina ha manifestado: "Los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales."² (Subrayas fuera de texto)

Según lo anterior no puede entenderse, como lo hace el recurrente, que el recurso de la vía gubernativa aquí discutido depende de manera directa o indirecta del litigio surgido en virtud de una acción de lo contencioso administrativo.

Dentro del caso concreto, la resolución 01983 del 29 de enero de 2002 modificó el texto a publicar en

¹ Artículo 64 del código contencioso administrativo.

² DROMI, José Roberto. El Acto Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, Tercera Edición, Buenos Aires, 1997, página 76.

Por la cual se resuelve un recurso

desarrollo de las medidas cautelares impuestas. Se trata de un acto que revoca parcialmente una decisión, por lo que debe entenderse que los demás aspectos tratados dentro del mismo ya fueron debatidos y decididos, y por lo tanto cobraron firmeza. Es decir, la decisión de fondo no se encuentra en discusión como tampoco lo está el hecho de haberse presentado una acción de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese orden de ideas, no es viable el argumento del recurrente en donde "la aceptación de la resolución debatida sería tanto como desistir de la acción judicial interpuesta...", toda vez que, se trata de procedimientos diferentes que no se pueden confundir. Por una parte, se encuentra el proceso contencioso ante los Tribunales Administrativos cuyo desistimiento depende de los presupuestos que en desarrollo del mismo se presenten y por la otra la oportunidad de recurrir un acto administrativo de carácter particular en la vía gubernativa.

2. Oportunidad para recurrir.

Dentro del recurso presentado por el apoderado de la parte denunciada, se exponen como argumentos para revocar el acto administrativo recurrido, nuevamente las siguientes: Carencia de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio; Sustentación de la medidas cautelares en el dicho del actor; improcedibilidad de las medidas cautelares; Falta de comprobación de la realización o la inminencia de un acto de competencia desleal; Inexistencia de desviación de la clientela; Inexistencia de actos de confusión; Existencia de cláusula compromisoria dentro del conflicto; Inexistencia de Explotación de la reputación ajena - Debida explotación de la reputación personal e inexistencia de peligro grave e inminente. Como se dijo anteriormente, estos argumentos ya fueron decididos por esta Superintendencia y se encuentran en firme.

Este Despacho considera conveniente hacer un breve recuento de las decisiones tomadas respecto a las medidas cautelares decretadas, así como de las actuaciones del denunciante en aras de determinar la improcedencia de la discusión acerca los argumentos antes mencionados.

En primer lugar, la adopción de unas medidas cautelares en contra del señor Jorge Irisarri, fue tomada por esta Superintendencia mediante resolución 32616 del 01 de diciembre de 2000, a través de la cual se revocó el acto administrativo radicado bajo el número 00086410 - 10000 del 15 de noviembre del mismo año, en donde se había negado, en principio, la adopción de las cautelas solicitadas.

Posteriormente, a través de la resolución número 33129 del 20 de diciembre de 2000 se modificó el artículo tercero de la resolución 32616, con el fin de aclarar el plazo otorgado para el cumplimiento de las cautelas decretadas.

En escrito radicado bajo el número 000864 - 00040001 del 05 de enero de 2001, el doctor Eduardo Saladen Vega, apoderado del señor Jorge Irisarri, presentó recurso de reposición en contra de la resolución No 32616, siendo resuelto mediante acto administrativo número 07952 del 05 de marzo de 2001, confirmando en todas sus partes tanto la resolución recurrida, como la 33129 de 2000,³ con lo cual quedó agotada la vía gubernativa frente a los temas que allí se trataron.⁴

De conformidad con lo anterior, considera esta Entidad que al resolverse el recurso impetrado por la parte denunciada, la decisión cobra firmeza respecto a los tópicos allí resueltos⁵, no existiendo posibilidad de

³ **ARTÍCULO SEGUNDO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Eduardo Saladen Vega, apoderado especial del señor Jorge Irisarri Núñez y al doctor Alfonso Soria Mendoza, apoderado especial del Colegio La Esperanza Ltda., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno y que se agotó la vía gubernativa. (Subrayado fuera de texto)

⁴ Ver resolución No. 07952 de 2001. (folios 943 -968. AZ No 3 del expediente)

⁵ Artículo 63 del código contencioso administrativo: Agotamiento de la vía gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa

Por la cual se resuelve un recurso

controvertirlos mediante actuaciones posteriores.

En conclusión, se trata de materias ya decididas dentro del expediente, por lo que la oportunidad para su discusión en sede administrativa se encuentra agotada, debiendo hacerse claridad en que el recurso de reposición está previsto para atacar el contenido de un acto determinado y no de toda una actuación previa al mismo, es así, como el recurso presentado por el apoderado del señor Jorge Irisarri, en contra de la resolución No. 01983 de 2002 solo podía impugnar la modificación realizada a través de la misma, siendo que esa es la decisión contenida en el mencionado acto y no los demás aspectos que ya habían sido evacuados en la resolución 07952 del 05 de marzo de 2001 y que por lo tanto se encuentran en firme⁶.

Resulta extraño para este Despacho, que el Doctor Saladen Vega sustente su recurso de reposición en contra de un acto administrativo que modifica parcialmente una decisión, utilizando argumentos similares, por no decir idénticos, a los ya absueltos por esta Entidad en la resolución 07952 de 2001 y que en nada hace referencia al asunto materia de la impugnación.

Así mismo, tampoco establece el apoderado en mención, las razones por las cuales el acto impugnado debe ser revocado. Ante lo cual esta Entidad no puede acceder a la mencionada petición sin existir de por medio argumentos específicos y nuevos que la sustenten y que se relacionen con el asunto objeto de análisis.

Según lo anterior, son improcedentes los argumentos esgrimidos por el recurrente, por lo que debe confirmarse en su totalidad el acto administrativo recurrido.

En virtud de lo expuesto, esta Superintendencia,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión proferida mediante acto administrativo número 01983 del 29 de enero de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al apoderado del señor Jorge Irisarri y al apoderado del colegio La Esperanza, informándoles que en su contra no procede ningún recurso y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **24 JUN. 2002**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PÁEZ

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."

⁶ Artículo 62 del código contencioso administrativo.

Por la cual se resuelve un recurso

Notificación:

Doctor:

EDUARDO SALADEN VEGA

C.C.No.9.066.403 de Cartagena.

Apoderado

JORGE IRISARRI NÚÑEZ

Edificio Gánem. Calle de la Universidad No. 315

Cartagena (Bolívar)

Notificación:

Señor:

ALFONSO SORIA MENDOZA

C.C. 79.318.961

Apoderado

COLEGIO LA ESPERANZA

Calle 82 No. 9- 22 Oficina 404

Ciudad.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisario No. 3141
Dirigido a la alcaldia municipal de C/ Gen. A.

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

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 9 JUN 2008
Notifiqué personalmente a Alfonso Soño Acuña
El contenido de la anterior providencia que 79218262
Imposito firma [Firma] TH. 50131