

# El “juez deferente” y el “juez integrador”: prejudicialidad en la aplicación del artículo 18 de la ley de competencia desleal<sup>1</sup>

CAMILO PABÓN ALMANZA<sup>2</sup>

## RESUMEN

En el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se previó que se considera desleal la violación de normas jurídicas, siempre que dicha violación le conceda una ventaja competitiva y significativa al infractor. Lo anterior implica que el juez de competencia desleal deberá estudiar y pronunciarse sobre la violación de esas “otras normas jurídicas”, para poder completar el supuesto de hecho de la norma citada. Empero, cada una de esas “otras normas” (ya sean laborales, tributarias, cambiarias, u otras) tiene una autoridad especializada encargada de aplicarlas, así como de fijar su sentido y alcance. De este modo, podemos

- 1 Fecha de recepción: 30 de octubre de 2016. Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: Pabón, C. (2016). El “juez deferente” y el “juez integrador”: prejudicialidad en la aplicación del artículo 18 de la ley de competencia desleal. En: Revista *Con-Texto*, n.º 46, pp. 25-53. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n46.03> Ponencia elaborada en el marco del Seminario *Violación de normas como conducta de competencia desleal – Artículo 18 de la Ley 256 de 1996* de la Universidad Externado de Colombia, que se llevó a cabo el 11 de noviembre de 2016.
- 2 Agradecimientos especiales a Jairo Rubio Escobar y a Jorge de los Ríos Quiñones, por sus comentarios y recomendaciones sobre el borrador de este escrito. A Emilio José Archila Peñalosa, por sus aportes continuos y su generosidad en abrir este espacio para la discusión académica.

\*Abogado egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad y especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes. Diploma en Análisis Económico de los Contratos de la Universidad de Chicago. Se ha desempeñado como asesor jurídico en temas del Derecho del Consumidor, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, y como contratista de la Subdirección General Jurídica del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU. Actualmente, es profesor de Derecho de la Competencia y de Derecho de Consumo en la Universidad Externado de Colombia y abogado asociado en Archila Abogados. Correo electrónico: cpabon@archilaabogados.com y paboncamilo@hotmail.com

postular la siguiente pregunta: ¿Puede el juez de competencia desleal pronunciarse, antes de que la autoridad especializada decida si en ese caso concreto se violó la "otra norma"?

**Palabras clave:** Competencia desleal, violación, juez, prejudicialidad, competencia.

## THE "DEFERENTIAL JUDGE" AND THE "INTEGRATIVE JUDGE": STAY OF PROCEEDINGS IN THE APPLICATION OF ARTICLE 18 OF THE LAW OF UNFAIR COMPETITION

### ABSTRACT

Article 18 of Law 256 of 1996 provides that the violation of legal rules is considered unfair, provided that such violation gives a significant competitive advantage to the offender. The above implies that the judge of the unfair competition case must study and decide on the violation of those "other legal rules", to be able to complete the factual assumption of the cited provision. However, each of these "other legal rules" (whether labor, tax, foreign exchange, or other) has a specialized authority in charge of applying them, as well as determining their meaning and scope. In this way, we ask the following question: Can the unfair competition judge decide whether in that particular case the "other rule" was infringed, before the specialized authority decides?

**Keywords:** Unfair Competition, infringement, judge, first ruling procedure, competition.

### INTRODUCCIÓN

En el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se previó que se considera desleal la violación de normas jurídicas, siempre que dicha violación le conceda una ventaja competitiva y significativa al infractor. Lo anterior implica que el juez de competencia desleal deberá estudiar y pronunciarse sobre la violación de esas "otras normas jurídicas", para poder completar el supuesto de hecho de la norma citada. Empero, cada una de esas "otras normas" (ya sean laborales, tributarias, cambiarias u otras) tiene una autoridad especializada encargada de aplicarlas, así como de fijar su sentido y alcance. De este modo, podemos postular la siguiente pregunta:

¿Puede el juez de competencia desleal pronunciarse antes de que la autoridad especializada decida si en ese caso concreto se violó la "otra norma"?

Para el anterior interrogante hay (por lo menos) dos formas de explicar la labor del juez de competencia desleal. Una primera postura, a la que denominaré "deferente", sugiere que el juez de competencia desleal no puede invadir la competencia de los jueces y autoridades encargadas de vigilar la aplicación de esas "otras normas", por lo cual deberá esperar a que el juez o autoridad especializada indique si en el caso concreto existió una infracción de la norma laboral, tributaria o la que fuera en cada caso. Solo después de ello, se podrá avanzar en el caso de competencia desleal (léase, una prejudicialidad).

Por otro lado, denominaré "integradora" a la postura que sugiere la inexistencia de tal invasión de competencias. Además, tampoco es necesario el establecimiento de una prejudicialidad para que pueda avanzar un caso de competencia desleal. Lo anterior, por cuanto la técnica a la cual el legislador acudió consiste en incorporar a las normas de competencia desleal la descripción típica de los delitos e infracciones de otras normas. En otras palabras, esas otras normas se "convierten" en normas de competencia desleal y se integran a este régimen, para ser estudiadas bajo la dogmática y el marco normativo propio de esta última disciplina.

En ese contexto, explicaré por qué legalmente no existe la posibilidad de aplicar la suspensión por prejudicialidad en los casos de competencia desleal. No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no ha descartado del todo la aplicación de esa figura, sino que la ha dejado a discreción del juez en cada caso. Además, identificaré las medidas adoptadas por el juez de competencia desleal que permiten incorporar en cada caso la doctrina o jurisprudencia de la autoridad especializada, mitigando así el riesgo de que se generen pronunciamientos contradictorios sobre la infracción de esa "otra norma". Por último, concluiré con una opinión sobre los argumentos que favorecerían la suspensión por prejudicialidad.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la ley de competencia desleal colombiana, se considera desleal la adquisición de una ventaja competitiva en el mercado como consecuencia de violar la ley sustancial. En efecto, la SIC ha sostenido que para que se infrinja el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, "es preciso que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo, esto es, en el sentido abstracto de la ley"<sup>3</sup> (negrilla fuera de texto).

En los casos que se han llevado ante el juez de competencia desleal, se ha alegado deslealtad derivada de la infracción de otras normas, tales como las laborales<sup>4</sup>, tributarias<sup>5</sup>, de propiedad intelectual<sup>6</sup>, de prácticas restrictivas de la competencia<sup>7</sup>, cumplimiento

3 "Para efectos de la configuración del acto desleal de violación de normas, es preciso que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo, esto es, en el sentido abstracto de la ley, en tanto que este tipo de acto desleal pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas el Despacho considera, con base en doctrina extranjera que en estos temas resulta aplicable, que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que ahora se estudia, sino aquellas que regulan el comportamiento concurrencial de los competidores ya que es de estas que surge la igualdad de los agentes en el mercado" (negrilla fuera de texto). Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 2 del 31 de enero de 2011, *Invicta Watch Company of América e Invicta S.A. vs. Importaciones Aristgom S.A.* También, ver Sentencia del 18 de octubre de 2016, *Caracol Televisión S.A. vs. Telmex Colombia S.A.*

4 Cfr. Caso *Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsergraf vs. Quebecor World Bogotá S.A., Servicios Temporales en General y Enlace y Gestión Temporal S.A.*

5 Cfr. Caso *Directv Colombia LTDA. vs. Cablevista S.A. (ahora Global T.V. Telecomunicaciones S.A.)*.

6 Cfr. Caso *De Ruiters Nieuwe Rozen B.V. vs. C.I. La Magdalena S.A.*

7 Cfr. Caso *Galotrans Ltda. vs. Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A.*

de regulaciones de entrada al mercado (títulos habilitantes)<sup>8</sup>, de códigos éticos de una profesión<sup>9</sup>, y de las normas de protección del consumidor<sup>10</sup>.

Llamo la atención sobre lo siguiente: cada una de esas otras normas que se alegan infringidas como base para imputar el acto desleal tiene otra autoridad especializada (judicial/administrativa)<sup>11</sup> con competencia para pronunciarse sobre su alcance, sentido y forma de ser violadas:

Normas	Autoridad
Laborales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ministerio del Trabajo</li> <li>• Jueces laborales</li> </ul>
Tributarias	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN</li> <li>• Jueces administrativos</li> </ul>
Propiedad Intelectual	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dirección Nacional de Derechos de Autor</li> <li>• Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura de Propiedad Industrial</li> </ul>
Prácticas Restrictivas de la Competencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura de Protección de la Competencia</li> </ul>
Cumplimiento de Regulaciones de Entrada al Mercado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por ejemplo, en materia de televisión, la Agencia Nacional de Televisión, ANTV.</li> </ul>
Códigos Éticos de una Profesión	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por ejemplo, el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, COPNIA</li> </ul>
Protección del Consumidor	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura de Protección del Consumidor</li> <li>• Jueces civiles / SIC</li> </ul>

En ese escenario, surge la siguiente pregunta:

¿Puede el juez de competencia desleal pronunciarse antes de que la autoridad especializada decida si en ese caso concreto se violó la “otra norma”? En caso de ser afirmativa la respuesta del anterior interrogante, podemos plantear el complemento del problema en la siguiente pregunta: ¿qué ocurre si el juez de competencia desleal se pronuncia sobre la violación de la otra norma y, posteriormente, el juez especializado decide lo contrario para el mismo caso concreto?

8 Cfr. Caso EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P) vs. Telemercadeo Global S. E.U.

9 Cfr. Caso Geofundaciones S.A. y Vías y Construcciones S.A. (VICON S.A.) vs. Soletanche Bachy Cimas S.A.

10 Cfr. Caso Procter & Gamble Colombia Ltda. vs. Unilever Andina Colombia Ltda.

11 Desde la segunda mitad del siglo XX, particularmente con la reforma de la administración de 1968, se crearon entidades de supervisión y control especializadas por temas, incluyendo la misma SIC. Cfr. PALACIOS LLERAS, ANDRÉS y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID. *Una nueva visión sobre los orígenes del derecho de la competencia colombiano*, en Revista CEDEC. , vol. 11, n.º 11. Pontificia Universidad Javeriana.

Hago énfasis en que el problema planteado no se refiere a la decisión de dos casos similares. El escenario es con un mismo caso, unos mismos hechos y una misma norma violada. A modo de ejemplo, una empresa a la que se le acusa de no pagar salarios de acuerdo con la ley laboral está sujeta a que un juez laboral decida si infringió esas leyes. ¿Puede el juez de competencia desleal decidir si se violó la ley laboral, sin esperar a que el otro juez se pronuncie sobre ese caso?

## 2. LA LEY

### 2.1 Ley sustancial

En algunas ocasiones, el legislador ha optado por indicar expresamente si hay o no prejudicialidad para un tipo de proceso. Por ejemplo, en el régimen de insolvencia empresarial, se previó que "[e]l inicio, impulsión y finalización del proceso de insolvencia y de los asuntos sometidos a él, **no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso**, cualquiera sea su naturaleza. De la misma manera, **la decisión del proceso de insolvencia tampoco constituirá prejudicialidad**"<sup>12</sup>. Por expreso mandato legal, los procesos de insolvencia continuarán su curso sin que sea relevante que, en paralelo, haya cualquier otra actuación en la cual se debatan aspectos conexos al mismo<sup>13</sup>. Sin embargo, en la Ley 256 de 1996, no se incluyó ninguna norma semejante, ya que en el artículo 18 se previó que "**se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica**. La ventaja ha de ser significativa" (negrilla fuera de texto).

La SIC ha reiterado en su jurisprudencia que el supuesto de hecho de esta disposición está conformado por los siguientes elementos: (i) se debe acreditar la infracción a una norma<sup>14</sup>. No puede tratarse de la infracción de cualquier norma, sino específicamente de una norma que regule el comportamiento concurrencial de los competidores<sup>15</sup>;

12 Ley 1116 de 2006, artículo 7.

13 "A través de este imperativo legal, el Legislador estableció en el régimen de insolvencia la antítesis del fenómeno de la prejudicialidad en materia civil, en el que el proceso debe suspenderse cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción". Cfr. Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-118698 del 15 de junio de 2016.

14 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 del 11 de marzo de 2011, Sanval Ltda. y María Consuelo Sánchez Rey vs. Soluciones Integrales para el Concreto LTDA. y Alpinismo Urbano E.U.

15 "Para efectos de la configuración del acto desleal de violación de normas, es preciso que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo, esto es, en el sentido abstracto de la ley, en tanto que este tipo de acto desleal pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas el Despacho considera, con base en doctrina extranjera que en estos temas resulta aplicable, que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que ahora se estudia, sino aquellas que regulan el comportamiento concurrencial de los competidores ya que es de estas que surge la igualdad de los agentes en el mercado" (negrilla fuera de texto). Cfr. Superintendencia

(ii) se debe probar que, con esa infracción, se adquirió una ventaja competitiva en el mercado<sup>16</sup>; (iii) se debe probar que esa ventaja competitiva tiene una relación directa e ininterrumpida con la infracción<sup>17</sup>, y (iv) se debe probar que dicha ventaja competitiva, además, es significativa<sup>18</sup>.

Nótese que no existe en la literalidad de esta disposición, ni en la lectura que la SIC ha hecho de la misma, ninguna exigencia de que, para el caso concreto, primero se pronuncie una autoridad sobre la violación de las "otras normas", para que se pueda estructurar la violación de este artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

## 2.2. Ley procesal

Dado que la jurisprudencia nacional se ha desarrollado mayormente en vigencia del anterior Código de Procedimiento Civil, a continuación presento el texto de la suspensión por prejudicialidad en ese y en el nuevo Código General del Proceso:

Código de Procedimiento Civil	Código General del Proceso
<p>"Artículo 170. El juez decretará la suspensión del proceso:</p> <p>1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.</p> <p>2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.</p> <p>Artículo 171. La suspensión a que se refieren los numerales 1. y 2. del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia".</p>	<p>"Artículo 161. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:</p> <p>1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción [...].</p> <p>Artículo 162. La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia".</p>

En relación con las anteriores normas, podemos hacer una referencia a la interpretación que se les ha dado. Entonces, respecto de ambos códigos, la jurisprudencia ha indicado que el efecto de la prejudicialidad consiste en la suspensión temporal de la competencia

de Industria y Comercio. Sentencia 2 del 31 de enero de 2011, *Invicta Watch Company of América e Invicta S.A. vs. Importaciones Aristgom S.A.*

- 16 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 del 11 de marzo de 2011, *Sanval Ltda. y María Consuelo Sánchez Rey vs. Soluciones Integrales para el Concreto Ltda. y Alpinismo Urbano E.U.*
- 17 "[...] la supuesta ventaja que se habría derivado de su conducta no puede ser tenida como una consecuencia directa de la infracción denunciada". Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 18 del 1 de abril de 2011, *Bayer Cropscience S.A. vs. Saat Andina S.A.*
- 18 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 del 11 de marzo de 2011, *Sanval Ltda. y María Consuelo Sánchez Rey vs. Soluciones Integrales para el Concreto Ltda. y Alpinismo Urbano E.U.* Superintendencia de Industria y Comercio. Expediente no. 03073644. Proceso abreviado por competencia desleal. Demandante: Orbitel S.A. ESP, demandado: Telemando S.A.

del juez que lleva el proceso afectado<sup>19</sup>. Ahora, en la redacción del anterior Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso por prejudicialidad estaba prevista para los casos en los cuales no era procedente que un juez civil<sup>20</sup> se pronunciara sobre un punto sustancial, cuando resultaba indispensable que, primero, otro juez se pronunciara sobre un asunto conexo<sup>21</sup>, ya fuera en un proceso penal, civil o de nulidad de un acto administrativo<sup>22</sup>.

Nótese que el proceso afectado debía avanzar, y la suspensión podría decretarse "una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia"<sup>23</sup>.

En la redacción del nuevo Código General del Proceso, lo anterior cambió. Así, se ha indicado que esta figura en el CGP tiene como finalidad "evitar que existan pronunciamientos judiciales que sean contradictorios entre sí por tratarse de procesos judiciales conexos"<sup>24</sup>. De lo anterior se desprende que deben ser "casos conexos", por lo cual la prejudicialidad no opera con el propósito de esperar a que se resuelva un "caso similar".

- 19 "[...] esta figura jurídica, contemplada en los artículos 1615 y 1636 del C.G.P. trae consigo la suspensión temporal de la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, de tal suerte que mediante tal mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación n.º 05001-23-33-000-2013-01290-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2016.
- 20 "A juicio de la Sala, es la necesidad de un pronunciamiento en un proceso determinado para resolver otro, la que marca la nota distintiva en la figura de la suspensión por prejudicialidad. Este ingrediente denota la imposibilidad para el juez de tomar la decisión hasta tanto se resuelva el proceso del cual depende". Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto del 5 de marzo de 2004. Exp. 14366, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.
- 21 "La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca". Corte Constitucional. Auto 278 de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Radicación n.º 25000-23-25-000-2008-00174-03 (1867-12). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., 18 de octubre de 2012.
- 22 "[...] cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra, ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aun laboral, nos encontramos frente a las cuestiones prejudiciales, en virtud de las cuales la decisión que ha de dictarse en un proceso queda en suspenso mientras en el otro se resuelve el punto que tiene directa incidencia sobre el fallo que se debe proferir, o en otros términos, cuando el pronunciamiento judicial previo en proceso diverso resulta condicionante del sentido de la determinación que deba tomar el juez civil" (negrilla fuera de texto). LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, t. 1. Bogotá D.C.: Editorial ABC, p. 759.
- 23 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación n.º 05001-23-33-000-2013-01290-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 2 de marzo de 2016.
- 24 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicado n.º 08001-23-31-000-2013-00866-01 (22039). Proceso: nulidad y restablecimiento del derecho. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., 19 de julio de 2016.

En efecto, si son dos casos distintos (aunque similares), no opera la prejudicialidad<sup>25</sup>, pues lo debatido en uno no es premisa para que se resuelva el otro<sup>26</sup>.

Por otro lado, la prejudicialidad tampoco opera con el propósito de suspender un proceso, cuando exista otro proceso en curso con idénticos hechos, pretensiones y partes. En este último caso, la figura que opera es la de "pleito pendiente"<sup>27</sup>. Ahora, para nuestros efectos, nótese que en el problema planteado al inicio no se trata de las mismas partes: por ejemplo, en un proceso, las partes son empleado vs. patrono, por violación de la ley laboral; mientras que en el proceso de competencia desleal, las partes son competidor vs. infractor. Además, la prejudicialidad solo opera cuando se está a la espera de procesos judiciales. Contrario a lo que en algún momento conceptuó la SIC<sup>28</sup>,

- 25 "Así mismo el despacho considera necesario aclarar al petente que el procedimiento descrito en el artículo 271 del C.P.A.C.A no autoriza la suspensión de procesos similares e incluso ni siquiera autoriza la suspensión del proceso respecto al cual se predica la necesidad de sentar jurisprudencia y que amerite la expedición de una sentencia de unificación". Cfr. Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué-Tolima. Radicación n.º 73001-33-33-003-2015-00090-00. Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Ruby Castro Rodríguez, demandada: Departamento del Tolima. Ibagué, 28 de septiembre de 2015.
- 26 "Carnelutti señala que 'se habla de cuestiones prejudiciales cuando en rigor de terminología es prejudicial toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión en otros litigios'. Por su parte, cuestión prejudicial significa una etapa anterior al juicio y según Manzini, 'es toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente n.º 110010328000201500006-01, Radicado Interno n.º 2015-0006.
- 27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación n.º 05001-23-33-000-2013-01290-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 2 de marzo de 2016.
- 28 "El Tribunal considera oportuno advertir que no comparte el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre una estipulación contractual similar a la que se ha analizado en esta parte del laudo ('Nulidad de Acuerdos Anticompetitivos, Concepto n.º 00016003-01'), en el que le contestan al consultante 'que un acuerdo de esta naturaleza, por adolecer de objeto ilícito, estaría viciado de nulidad absoluta' y más adelante, cuando se ocupa del 'ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia' (n.º 3), dice: 'Al tenor de la norma citada, las acciones de nulidad de los actos restrictivos de la competencia se deben tramitar ante la jurisdicción ordinaria. El juez civil debe declarar la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos de la competencia cuando previamente se haya acreditado dentro del expediente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o del juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Es pertinente aclarar que al juez civil al conocer de la acción de nulidad, no le corresponde el análisis de la naturaleza anticompetitiva de los acuerdos, porque ésta competencia está reservada para la Superintendencia de Industria y Comercio y para los jueces administrativos cuando conocen de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio'. No se halla en parte alguna esa reserva de facultades en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio de manera privativa, o esa restricción de poderes del juez civil (funcionario o arbitral) que construye o concluye el concepto de la Superintendencia sin un claro fundamento formal-jurídico, tesis que acabaría convirtiendo al juez ordinario, en estos casos, en un simple tramitador de papeles sin ningún poder decisorio, pues según lo que reza el concepto, si ya el Superintendente ha calificado la conducta (pacto o contrato) anticompetitiva y es el único llamado a hacerlo, al juez solo le quedaría el mecánico papel de dictar sentencia declarando la nulidad absoluta, como si este fuera un simple notario o fedatario de unas determinadas actuaciones de la Superintendencia de Industria y Co-

no operará la prejudicialidad para esperar el pronunciamiento de alguna autoridad administrativa<sup>29</sup>.

Es pertinente tener en cuenta, que el nuevo texto solo permite que opere la prejudicialidad cuando ese aspecto debatido en otro proceso "sea imposible de ventilar como **excepción o mediante demanda de reconversión**". Esa última parte del nuevo texto reduce la aplicación de la prejudicialidad, puesto que este fenómeno no operará cuando sea procedente (i) que el demandado plantee en su defensa el debate de ese punto conexo y (ii) que el mismo juez pueda resolver sobre esa excepción<sup>30</sup>.

Entonces, incluso si en la defensa del demandado se puede debatir la ilegalidad de una de las premisas para que se produzca la consecuencia, el juez debe poder tramitar y decidir sobre ambos aspectos. En otros escenarios, ya existen casos bajo el CGP en los cuales se ha decretado la suspensión de procesos judiciales de pérdida de investidura de alcaldes, mientras que primero se resuelve el proceso en el que se debate la legalidad del acto administrativo que declaró el exceso de los topes de financiación de la campaña para ese cargo<sup>31</sup>. En esos casos, el juez que resuelve la pérdida de investidura no se podría

mercio". Cfr. Tribunal de Arbitramento Cementos Hércules S.A. (en liquidación) vs. Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. Citado en: Miranda Londoño, Alfonso. La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia. I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia. Universidad de Los Andes. Bogotá D.C.

- 29 "Nótese que debe tratarse de la existencia de otro PROCESO JUDICIAL, porque se han presentado solicitudes de suspensión por prejudicialidad **argumentando que existe un procedimiento administrativo en curso**, por ejemplo una investigación de control fiscal ejercido por la Contraloría, lo cual, **desde luego no es de recibo**". Cfr. Tribunal Administrativo del Quindío. Radicado n.º 63001-2333-000-2014-00198-00. Audiencia del 10 de marzo de 2016. Reparación directa, accionante: Grupo Los Pinos SAS, accionado: Municipio de Circasia. M.P. Luis Javier Rosero Villota. Evolución jurídica del Tribunal Administrativo del Quindío 1966 – 2016. Disponible en internet: [http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion\\_juridica\\_del\\_tribunal\\_administrativo\\_del\\_quindio\\_1966\\_2016](http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion_juridica_del_tribunal_administrativo_del_quindio_1966_2016) También en un laudo arbitral, se declaró la nulidad de una cláusula restrictiva de la competencia, sin que se haya debido esperar a que primero la Superintendencia de Industria y Comercio investigara el caso y decidiera si se violaba la ley de competencia: "[...] **encuentra el Tribunal que para despachar la nulidad solicitada en la quinta pretensión de la demanda de reconversión no debe someterse, observar o esperar el desenlace de un trámite de cualquier autoridad administrativa especializada que le habilite la facultad con la que se pronunciaría al respecto**". Cfr. Tribunal de Arbitramento Cementos Hércules S.A. (en liquidación) vs. Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. Citado en: Miranda Londoño, Alfonso. La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia. I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia. Universidad de Los Andes. Bogotá D.C.
- 30 "[...] debemos considerar que el apoderado de la parte demandante no allegó prueba alguna de la existencia del otro proceso judicial **que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconversión**". Cfr. Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué – Tolima. Radicación n.º 73001-33-33-003-2015-00090-00. Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Ruby Castro Rodríguez, demandada: Departamento del Tolima. Ibagué, 28 de septiembre de 2015.
- 31 "En razón a lo anterior, la Sala considera que **la sentencia que decida sobre la legalidad del acto que declaró el exceso de los topes de campaña, sí determina per se que el proceso de pérdida del cargo no pueda conocerse ni fallarse**, puesto tienen la misma causa común y de tal suerte que la prosperidad

pronunciar sobre la legalidad del acto administrativo, por lo que no es procedente que ante el mismo juez se ventile ese punto conexo.

Por último, incluso cuando existan razones para suspender el proceso, en el nuevo texto no se puede suspender un proceso de primera instancia. Se previó que la suspensión se decretará "una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre **en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia**". Por lo tanto, este cambio de redacción respecto del anterior Código de Procedimiento Civil hace inviable suspender un proceso de competencia desleal en primera instancia<sup>32</sup>.

La aplicación de la suspensión por prejudicialidad se redujo respecto de lo que consagraba el anterior Código de Procedimiento Civil y, como paso a exponer, impide hoy que en un proceso de competencia desleal sea aplicable la figura de la prejudicialidad.

### 2.3. El juez de competencia desleal siempre se podrá pronunciar, sin esperar a otra autoridad

De la normativa vigente y la lectura que nuestros jueces han hecho de la misma, se desprende que el juez de competencia desleal siempre podrá pronunciarse sobre si en un caso concreto hubo o no violación de la "otra norma", sin que para el efecto deba supeditar su decisión a que, primero, haya un pronunciamiento de otra autoridad.

Lo anterior, por las siguientes razones:

#### 2.3.1 Razones sustanciales

La SIC ha descartado que sea necesario esperar la decisión de otra autoridad:

En un proceso en el que se discutía la infracción del artículo 14 de la Ley 256 de 1996 (no del artículo 18), la SIC desestimó la solicitud de suspensión por prejudicialidad, resaltando que el primer elemento para que se pueda declarar la suspensión consiste en que los comportamientos que se analizan puedan calificarse como legales o ilegales en otro proceso judicial, y que esa calificación incida en la configuración del acto desleal<sup>33</sup>.

Siendo así, la respuesta respecto del artículo 18 sería que sí se debe declarar la prejudicialidad. Pero eso no es todo, ya que, en otro fallo (caso Genercauca y Conenergía), y

o denegatoria de las pretensiones en aquél repercutirá directamente en el proceso electoral de pérdida del cargo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto 2015-00006 de 24 de septiembre de 2015. Expediente n.º 110010328000201500006-01, Radicado Interno n.º 2015-0006.

32 Estos procesos son de doble instancia: "Los jueces civiles del circuito conocen **en primera instancia** de los siguientes asuntos: 3. **De los de competencia desleal**, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas". Código General del Proceso, artículo 20.

33 "[...] **la legalidad** de la concesión del registro marcario **no es un asunto del que dependa la configuración del acto de imitación sistemática** alegado por la parte demandante [...] **la configuración del acto desleal en cuestión no está condicionada a que los comportamientos reiterados de imitación puedan calificarse como ilegales**". Sentencia 1228 de 2015. Caso Compagnie Gervais Danone y Danone Alquería S.A. vs. Alpina Productos Alimenticios.

específicamente sobre el artículo 18, la SIC indicó que "no sólo la dependencia de uno y otro proceso entre sí es criterio único para resolver tal cuestión. Adicionalmente, ha de entenderse que la influencia del otro proceso sea necesaria. [...] para esta Superintendencia es claro que, cuando se requiere la verificación de la infracción de la norma jurídica, una prueba válida será la declaratoria que la autoridad competente haga respecto de ellos, sin embargo existen otras pruebas idóneas y contundentes"<sup>34</sup> [...] Para el caso que nos ocupa, y acorde con la doctrina y la jurisprudencia analizada, el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 establece como elemento esencial para la configuración de esa conducta de competencia desleal una infracción de una norma jurídica. Nótese que en ningún lado se exige una sentencia condenatoria para determinar la infracción de la norma, sino el pleno convencimiento del juez que ésta se cometió. Y no es que el juez de instancia, en este caso la Superintendencia, tenga la capacidad de valorar *motu proprio* todo tipo de normas (civiles, laborales, penales, agrarias, etc.), sino que debe contar con elementos probatorios suficientes que determinen la infracción de la norma"<sup>35</sup> (negrilla fuera de texto).

En este caso, la SIC aplicó ese razonamiento descartando la prejudicialidad tanto para el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, como para el ejercicio de sus facultades administrativas, en relación con la infracción del artículo 18.

Lo anterior hace claridad sobre la postura completa de la SIC; esto porque no existe en la ley ninguna prejudicialidad en materia de competencia desleal. En gracia de discusión, tampoco se dan los requisitos para que opere la prejudicialidad: (i) la incidencia definitiva y directa entre dos procesos judiciales, y (ii) que sea "necesario" esperar a que se resuelva el otro proceso. Así, si el juez puede llegar al convencimiento sobre si se violó esa otra norma, por medios distintos a que haya un fallo condenatorio de otra autoridad, no hará falta esperar. Entonces, el juez de competencia desleal es competente para pronunciarse sobre la violación de esas "otras normas", pero debe contar con pruebas suficientes que lo lleven a ese convencimiento.

Para entender si históricamente la SIC ha buscado elementos de juicio que le permitan formar un convencimiento sobre la violación de la "otra norma", sin esperar un pronunciamiento concreto de la otra autoridad, he tomado una muestra de 28 decisiones judiciales proferidas por esa entidad entre 2002 y 2016, todas relacionadas con la infracción del artículo 18<sup>36</sup>.

En esos casos, se identificó que:

- En dos casos, se encontró que la SIC requirió a otra autoridad para que le informara cuál es su entendimiento general sobre la norma que se alega como violada<sup>37</sup>.

34 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25418 de 2002. Caso Genercauca y Conenergía.

35 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35717 de 2002. Caso Genercauca y Conenergía.

36 Cabe anotar que varias de las demás decisiones proferidas en ese periodo no sirvieron para este análisis, por cuanto el cargo fue desestimado, en la medida que el actor no precisó cuál era la norma supuestamente violada ni las razones de ello.

37 Los casos son los siguientes:

- En cuatro casos, se analizó un pronunciamiento previo de parte de otra autoridad sobre el mismo caso que la SIC estaba estudiando<sup>38</sup>.
- En seis casos, las partes allegaron una opinión de otra autoridad, para que fuera tenida en cuenta por la SIC a la hora de valorar la infracción de la norma<sup>39</sup>.
- En dos de los casos, las partes citaron a un "testigo experto", para que expusiera el alcance de las normas que se imputaban como infringidas<sup>40</sup>.

1. Resolución 25418 de 2002. Se requirió a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que conceptuara sobre el alcance de las normas presuntamente violadas.

2. Resolución 29843 de 2003. Se requirió a la CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que conceptuaran sobre el alcance de las normas presuntamente violadas.

38 Los casos son los siguientes:

1. Sentencia 005 de 2009. Se allegó una resolución de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otra del Ministerio de Comunicaciones, ambas en contra del demandado dentro del proceso de competencia desleal.

2. Sentencia 012 de 2009. Se allegó una resolución del Ministerio de Comunicaciones, en la que sanciona al mismo demandado dentro del proceso de competencia desleal.

3. Sentencia 073 de 2012: La SIC analizó si hubo violación de la normativa sobre la prestación del servicio de telefonía, con base en un pronunciamiento previo del Ministerio de Comunicaciones.

4. Sentencia 173 de 2012: La SIC analizó si hubo violación de la normativa sobre la prestación del servicio de telefonía, con base en un pronunciamiento previo del Ministerio de Comunicaciones.

39 Los casos son los siguientes:

1. Sentencia 823, febrero 29 de 2012: Orbitel S.A. aporta memorial que da respuesta a un derecho de petición presentado al Ministerio de Comunicaciones, donde se menciona a las personas que se encontraban prestando el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional de forma ilegal.

2. Sentencia 18, octubre 20 de 2010: De Ruiter's Nieuwe Rozen B.V. aporta certificación expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario. Permiten acreditar que C.I. La Magdalena S.A. producía las variedades vegetales denominadas "Ruitenor", "Ruidusty" y "Ruilav", creadas por De Ruiter's Nieuwe Rozen B.V., sin contar con autorización alguna de esta sociedad mercantil.

3. Sentencia 616, febrero 27 de 2012: La SIC estudió si había infracción al régimen de telecomunicaciones, con base en un derecho de petición que allegó el demandante.

4. Sentencia 840 de 2012: La SIC estudió si había infracción al régimen de telecomunicaciones, con base en un derecho de petición que allegó el demandante.

5. Sentencia 5132 de 2012: Se alegó la violación de las leyes de protección de la competencia, específicamente la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. Se allegó al expediente la Resolución 40982 de 5 de agosto de 2000, emitida por la SIC, en la cual se archivó la investigación en contra de la misma sociedad demandada, por no infringir esas mismas normas.

6. Sentencia 7, octubre 27 de 2008: Se allegó un concepto del Ministerio de Comunicaciones sobre los servicios postales que prestaba una de las partes. Fue considerado por la SIC en el fallo.

40 Los casos son los siguientes:

1. Sentencia 2763, mayo 31 de 2012: Testimonio del Presidente del Consejo Profesional de Ingeniería, COPNIA, Ing. Hernando Monroy, para establecer si se violó la Ley 842 de 2003 (Código de Ética de la Profesión de Ingeniería).

2. Sentencia 4229 de 2012: Se llevó a rendir declaración a un funcionario del ICONTEC, para que declarara sobre la suspensión de la acreditación de la sociedad demandada.

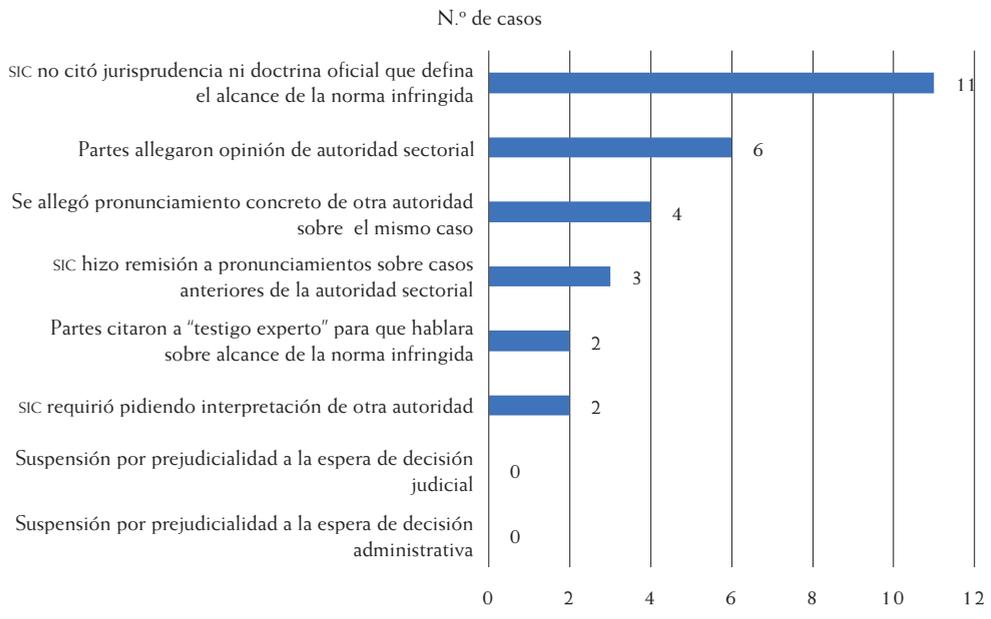
- En tres de los casos, la SIC hizo remisión en la parte considerativa a pronunciamientos de otra autoridad, para explicar el alcance de las normas que se imputaban como infringidas<sup>41</sup>.
- En once casos, la SIC no citó jurisprudencia ni doctrina oficial para justificar su entendimiento del alcance de las normas que se alegaron como infringidas<sup>42</sup>.

41 Los casos son los siguientes:

1. Resolución 4987, marzo 9 de 2004: La SIC citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, para derivar si había violación de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política.
2. Sentencia del 26 de mayo de 2016 (Rad. 2015-44442): La SIC decidió sobre la infracción de una resolución de carácter particular, considerando las observaciones y peticiones que se habían hecho a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como la respuesta a aquellas, durante la expedición de un acto administrativo.
3. Sentencia del 26 de mayo de 2016 (Rad. 2015-47764). La SIC decidió sobre la infracción de una resolución de carácter particular, considerando las observaciones y peticiones que se habían hecho a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como la respuesta a aquellas, durante la expedición de un acto administrativo.

42 Los casos son los siguientes: Sentencia 11 de 2007: La SIC estudió el alcance de la Ley 142 de 1994 y de la Ley 555 de 2000, sin apoyarse en sus consideraciones en conceptos de ninguna otra autoridad.

1. Sentencia 23 de 2010: La SIC estudió el alcance del artículo 23, n.º 7, de la Ley 222 de 1995, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
2. Sentencia 11 de 2011: La SIC estudió el alcance del Decreto 2685 de 1992, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
3. Sentencia 18 de 2011: La SIC estudió el alcance de la normativa habilitante para la comercialización de plaguicidas, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
4. Sentencia 824 de 2012: La SIC estudió si había infracción al Decreto 677 de 1995, sobre publicidad de medicamentos, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
5. Sentencia 1990 de 2012: La SIC analizó el régimen de derechos de autor y el uso de la imagen de una persona, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
6. Sentencia 4230 de 2012: La SIC estudió si había infracción al Decreto 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor), sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
7. Sentencia 4158, julio 31 de 2012: La SIC estudió si había incumplimiento de las condiciones para licitar por una concesión, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos de ninguna otra autoridad.
8. Sentencia 3128 de 2012: La SIC declaró que el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no regulaba el comportamiento concurrencial en el mercado. No aparecen referencia a ninguna otra autoridad.
9. Sentencia 5131 de 2012: La SIC analizó si hubo violación de las normas laborales (respecto de la demanda de reconversión). Indicó que era carga del demandante aportar prueba de por qué se consideraban violadas esas normas, y al no cumplir la carga, se desestimaron las pretensiones.
10. Sentencia 465 de 2014: La SIC valoró el cumplimiento de normas tributarias y de derecho de autor. No aparece referencia a ninguna otra autoridad.



De lo anterior, se desprenden dos observaciones:

Por una parte, la SIC no ha declarado, ni de oficio ni a petición de parte, la suspensión del proceso de competencia desleal por prejudicialidad. Por el contrario, en todos los casos, consideró que era competente para pronunciarse sobre el alcance de la otra norma violada.

Por otra parte, para superar la "necesidad y utilidad" de la prejudicialidad, en el 60 % de los casos analizados (17 de 28) la SIC efectivamente tuvo en cuenta algún elemento de juicio que le permitiera conocer la opinión de la autoridad sectorial sobre la otra norma violada.

### 2.3.2. Razones procesales

Desde una perspectiva estrictamente procesal, sería improcedente suspender un proceso de competencia desleal por prejudicialidad, para evitar que el juez decida sobre la otra norma violada, a la espera de que una autoridad administrativa o judicial se pronuncie primero.

En relación con la "prejudicialidad administrativa", hay un concepto aislado de la SIC que indica que un juez debe esperar a que esta se pronuncie en sede administrativa sobre la violación de normas de competencia, para que ahí sí pueda conocer del caso<sup>43</sup>.

43 "El Tribunal considera oportuno advertir que no comparte el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre una estipulación contractual similar a la que se ha analizado en esta parte del laudo ('Nulidad de Acuerdos Anticompetitivos, Concepto n.º 00016003-01'), en el que le contes-

No obstante, la jurisprudencia, de forma reiterada, ha descartado que un juez deba suspender un proceso a la espera de un pronunciamiento de la administración, por cuanto la ley procesal no lo permite<sup>44</sup>.

En relación con la "prejudicialidad judicial", en la redacción del CGP no será posible suspender el proceso. Por una parte, el nuevo texto solo permite que opere la prejudicialidad cuando ese aspecto debatido en otro proceso "sea imposible de ventilar como

tan al consultante 'que un acuerdo de esta naturaleza, por adolecer de objeto ilícito, estaría viciado de nulidad absoluta' y más adelante, cuando se ocupa del 'ejercicio de la acción de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia' (n.º 3), dice: 'Al tenor de la norma citada, las acciones de nulidad de los actos restrictivos de la competencia se deben tramitar ante la jurisdicción ordinaria. El juez civil debe declarar la nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos de la competencia cuando previamente se haya acreditado dentro del expediente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o del juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Es pertinente aclarar que al juez civil al conocer de la acción de nulidad, no le corresponde el análisis de la naturaleza anticompetitiva de los acuerdos, porque ésta competencia está reservada para la Superintendencia de Industria y Comercio y para los jueces administrativos cuando conocen de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio'.

No se halla en parte alguna esa reserva de facultades en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio de manera privativa, o esa restricción de poderes del juez civil (funcionario o arbitral) que construye o concluye el concepto de la Superintendencia sin un claro fundamento formal-jurídico, tesis que acabaría convirtiendo al juez ordinario, en estos casos, en un simple tramitador de papeles sin ningún poder decisorio, pues según lo que reza el concepto, si ya el Superintendente ha calificado la conducta (pacto o contrato) anticompetitiva y es el único llamado a hacerlo, al juez solo le quedaría el mecánico papel de dictar sentencia declarando la nulidad absoluta, como si este fuera un simple notario o fedatario de unas determinadas actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio". Cfr. Tribunal de Arbitramento Cementos Hércules S.A. (en liquidación) vs. Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. Citado en: Miranda Londoño, Alfonso. La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia. I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia. Universidad de Los Andes. Bogotá D.C.

- 44 "Nótese que debe tratarse de la existencia de otro PROCESO JUDICIAL, porque se han presentado solicitudes de suspensión por prejudicialidad argumentando que existe un procedimiento administrativo en curso, por ejemplo una investigación de control fiscal ejercido por la Contraloría, lo cual, desde luego no es de recibo". Cfr. Tribunal Administrativo del Quindío. Radicado n.º 63001-2333-000-2014-00198-00. Audiencia del 10 de marzo de 2016. Reparación directa, accionante: Grupo Los Pinos SAS, accionado: Municipio de Circasia. M.P. Luis Javier Rosero Villota. Evolución jurídica del Tribunal Administrativo del Quindío 1966 – 2016. Disponible en internet: [http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion\\_juridica\\_del\\_tribunal\\_administrativo\\_del\\_quindio\\_1966\\_2016](http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion_juridica_del_tribunal_administrativo_del_quindio_1966_2016) También en un laudo arbitral, se declaró la nulidad de una cláusula restrictiva de la competencia, sin que se haya debido esperar a que primero la Superintendencia de Industria y Comercio investigara el caso y decidiera si se violaba la ley de competencia: "[...] encuentra el Tribunal que para despachar la nulidad solicitada en la quinta pretensión de la demanda de reconversión no debe someterse, observar o esperar el desenlace de un trámite de cualquier autoridad administrativa especializada que le habilite la facultad con la que se pronunciaría al respecto". Cfr. Tribunal de Arbitramento Cementos Hércules S.A. (en liquidación) vs. Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. Citado en: Miranda Londoño, Alfonso. La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia. I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia. Universidad de Los Andes. Bogotá D.C.

excepción o mediante demanda de reconvencción". En el caso del juez de competencia desleal, (i) el demandado puede plantear en sus excepciones la defensa de no violación de norma, y (ii) el mismo juez de competencia desleal tendría competencia para resolver sobre esa excepción –como reiteradamente lo ha sostenido la SIC–<sup>45</sup>.

Si no bastara lo anterior, en el CGP solo se puede suspender el proceso por prejudicialidad cuando se esté "en estado de dictar sentencia de **segunda** o de **única instancia**". Por lo tanto, siempre habrá un fallo de primera instancia (por el juez o la SIC) pronunciándose sobre la violación de la norma, antes de que fuera posible decretar la suspensión.

En ese contexto, procesalmente no es posible que el juez de competencia desleal evite pronunciarse sobre ese "punto conexo", a la espera de otra decisión.

#### 2.4 Argumentos en favor del "juez integrador"

¿Es un error de técnica que dos autoridades se pronuncien sobre la infracción de una misma norma, con unos mismos hechos?

No. Al revisar otros cuerpos normativos, se hace evidente que no es el único caso en el cual el legislador previó, en el supuesto de hecho de una norma, que deba verificarse la previa violación de otra disposición de otro cuerpo normativo:

(i) En derecho penal, hay varios delitos que presuponen la infracción de normas de otra naturaleza:

- Se previó que el que viole las leyes civiles de adopción violará la ley penal<sup>46</sup>. La única forma de configurar este tipo penal es previamente, estableciendo la violación de otras leyes. En efecto, el ejercicio que hacen los jueces penales para poder tipificar la conducta les exige revisar primero si se violaron las normas que regulan la adopción de menores y pronunciarse sobre aquellas, para posteriormente continuar revisando los demás elementos del tipo. Y, en estos casos, no aparece que necesariamente el juez penal deba esperar el pronunciamiento de un juez civil sobre la ilegalidad en la adopción<sup>47</sup>.

45 "[...] debemos considerar que el apoderado de la parte demandante no allegó prueba alguna de la existencia del otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción". Cfr. Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué - Tolima. Radicación n.º 73001-33-33-003-2015-00090-00. Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Ruby Castro Rodríguez, demandada: Departamento del Tolima. Ibagué, 28 de septiembre de 2015.

46 "El que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en prisión (...)". Código Penal, artículo 232.

47 "Con relación a ese delito importa señalar que la adopción es una medida gratuita sujeta a la suprema vigilancia del Estado cuya finalidad es, por excelencia, restablecer los derechos del menor en situación de vulnerabilidad excepto cuando la adopción es consentida (artículos 50, 53-5 y 61 a 78 de la Ley 1098 de 2006), y en el asunto estudiado no se trató de un auténtico trámite de esa naturaleza (...) obsérvese que el delito de adopción irregular exige que el sujeto activo esté revestido por el Instituto Colombiano de Bienestar de la facultad para implementar programas de adopción, los cuales, para

• En el mismo sentido, se previó que el que viole las leyes civiles de pago de alimentos violará la ley penal<sup>48</sup>. Sobre el delito de inasistencia alimentaria, igualmente, los jueces penales realizan primero un silogismo sobre aquellas normas civiles que consagran la obligación de sostener a hijos y a otras personas con derecho a alimentos, para luego revisar los demás elementos del tipo. Tampoco tienen que esperar un pronunciamiento de un juez civil para que avance la causa penal<sup>49</sup>.

• Y, también, que el que viole las disposiciones sobre propiedad industrial violará la ley penal<sup>50</sup>. No es un prerequisite que la SIC se pronuncie sobre la infracción de los derechos de propiedad industrial, para que avance la causa penal.

(ii) En derecho disciplinario, se previó que el que incurra en un delito tipificado en la ley penal, además, incurrirá en una falta gravísima<sup>51</sup>. Llama la atención que el supuesto de hecho de la falta disciplinaria coincide con un delito previsto en la ley penal (y, por tanto, de competencia de un juez penal); no obstante, la Procuraduría General de la

efectos del delito, deben cumplirse sin los requisitos legales, o también puede ser sujeto activo de la conducta el que adelante programas anunciados al público como tales, sin la respectiva licencia de esa autoridad". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 39257, octubre 16 de 2013. M. P. Eugenio Fernández.

48 "El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión (...)". Código Penal, artículo 233.

49 "En el capítulo segundo ('De los derechos sociales, económicos y culturales'), del Título II ('De los derechos, las garantías y los deberes'), de la Constitución Política de Colombia, se ubica el artículo 42, norma que señala a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y establece que (...)

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja (...)

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (Resalta la Sala).

Del mandato superior, entonces, dimana una primera consecuencia en relación con la familia, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el tipo penal de inasistencia alimentaria: los integrantes de la pareja que deciden conformar una familia tienen los mismos derechos y obligaciones y ambos deben sostener y educar a los hijos que libremente decidan procrear. (...) Estos elementos, en términos del artículo 44 de la Carta Política, se erigen en derechos fundamentales de los menores, mandato éste que es reiterado por el artículo 3º de la Ley 294 de 1996.

De conformidad con los artículos 411 y siguientes del Código Civil, los descendientes (los hijos) son titulares del derecho de alimentos congruos, definidos como los que habilitan 'para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social' (por oposición a los necesarios, 'que le dan lo que basta para sustentar la vida') y que comprenden, además, 'la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso n.º 21023. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá, D. C., 19 de enero de 2006.

50 "El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión (...)". Código Penal, artículo 306.

51 "Son faltas gravísimas las siguientes conductas: 1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones". Código Disciplinario Único, artículo 55.

Nación<sup>52</sup> y la Corte Constitucional han descartado (a) que exista una prejudicialidad y (b) que la Procuraduría se esté pronunciando sobre normas penales.

En relación con lo primero, no hay tal prejudicialidad, dado que no hay evidencia de que el Congreso haya condicionado la aplicación de la disposición disciplinaria al trámite de un proceso penal, ni tampoco a la calificación que haga un juez penal sobre el comportamiento que se analiza en sede disciplinaria<sup>53</sup>.

En relación con lo segundo, la Corte acogió una tesis "integradora", según la cual lo que hizo la ley fue trasladar la descripción típica del delito al campo disciplinario, para incorporar esas mismas conductas como faltas disciplinarias, sin necesidad de transcribirlas todas en la Ley 734 de 2002<sup>54</sup>. Esa técnica legislativa "*numerus apertus*"<sup>55</sup> sobre las faltas disciplinarias fue avalada por la Corte Constitucional. Por lo tanto, no hay invasión de competencias, pues la Procuraduría se está pronunciando sobre normas del régimen disciplinario, bajo la dogmática y requisitos adicionales propios del derecho disciplinario, sin estar condicionada a la previa existencia de una sentencia dictada por el juez penal<sup>56</sup>.

52 Cfr. Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicación: IUS 077-03670-2007. . Disciplinado: Luis Felipe Jiménez Urueña, cargo y entidad: Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia - Caquetá, quejoso: de oficio, fecha de los hechos: años 2006-2007.

53 "Para la Sala (de la Corte Constitucional) es evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma sub examine al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario". Cita interna de la Procuraduría: Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2006. Cfr. Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicación: IUS 077-03670-2007. Disciplinado: Luis Felipe Jiménez Urueña, cargo y entidad: Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia - Caquetá, quejoso: de oficio, fecha de los hechos: años 2006-2007.

54 "Sobre la relación del derecho penal y el derecho disciplinario, y el tema de la prejudicialidad planteado por la defensa, así como la presunta invasión de la autoridad disciplinaria en la esfera de competencia de las autoridades penales, se ha de precisar que la norma citada como infringida en el presente caso implica el traslado de la descripción típica del delito al campo disciplinario, donde adquiere connotación y características particulares, aspectos sobre los que la Corte Constitucional ha trazado líneas definidas que, al provenir de dicho Tribunal, deben ser acatadas y respetadas dada la fuerza vinculante".

55 Ibidem.

56 "(Citando a la Corte Constitucional): La disposición atacada obliga al 'juez disciplinario' a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único.

Conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, es claro que corresponde al operador disciplinario verificar que el comportamiento del sujeto disciplinado concuerde con la descripción prevista en la legislación penal, sin estar condicionado a la previa existencia de una sentencia dictada por el juez penal, toda vez que el juicio de responsabilidad penal sigue siendo del resorte y competencia de dicha jurisdicción. [...] en materia disciplinaria no compete, no es del resorte, no corresponde, pronunciarse sobre la existencia de delitos, se reitera, la adecuación típica de un comportamiento frente al delito penal sigue siendo competencia del juez, porque se insiste que en materia disciplinaria sólo se traslada la descripción de esa norma penal donde se estudia bajo la óptica propia de la dogmática disciplinaria, resultando equivocada la simetría entre derecho penal y disciplinario". Cfr. Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicación: IUS 077-03670-2007. . Disciplinado: Luis Felipe

(iii) Otro ejemplo aparece en el régimen de protección de la competencia, donde se previó que es anticompetitivo adoptar conductas para mantener o determinar precios inequitativos<sup>57</sup>. Al respecto, la Autoridad de Competencia ha determinado que una de las formas en las que se viola esa prohibición es cuando existen industrias con precios regulados, o con limitaciones en el precio de reventa, y se infringe esa regulación de precios<sup>58</sup>. Por lo tanto, una parte del supuesto de hecho para que la conducta sea anticompetitiva es que previamente se determine la infracción de la regulación de precios. En esos casos, la Autoridad de Competencia no ha supeditado su decisión a que previamente la autoridad sectorial determine que se infringió la regulación sobre precios.

(iv) Y otro elemento de juicio para entender nuestro artículo 18 aparece en España. En ese ordenamiento, se promulgó la Ley 3 de 1991, cuyo artículo 15 consagró el acto desleal por violación de normas<sup>59</sup>. Esa disposición sirvió como fundamento y antecedente para la expedición de nuestra Ley 256 de 1996. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de dicho país, se ha indicado que "el comportamiento desleal **presupone la infracción de normas jurídicas**, en un sentido material", sin que a ese respecto se prevea ningún tipo de prejudicialidad<sup>60</sup>. Este antecedente de nuestra ley hace más evidente que la redacción de nuestro artículo 18 no fue un error, sino que fue intencional.

Jiménez Urueña, cargo y entidad: Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia - Caquetá, quejoso: de oficio, fecha de los hechos: años 2006-2007.

- 57 "Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos". Ley 155 de 1959, artículo 1.
- 58 Citando el Decreto 2513 de 2005, "[p]ara los efectos del artículo 1 de la ley 155 de 1959, se entenderá por precio inequitativo de la leche cruda aquel que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por éste al productor, con respecto al promedio histórico de esa diferencia" (negrilla fuera de texto). Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 15224 de 2009.
- 59 "Artículo 15 Violación de normas. 1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería".
- 60 Más aún, la norma española es más amplia que la colombiana, pues el numeral 2 del artículo 15 considera desleal "la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial", sin que en este supuesto se exija la prueba de la ventaja competitiva que ello genera. "Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan, las normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que legislador -que no pretende sancionar como desleal toda clase de violación normativa- exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva,

Bajo esta postura integradora, entonces, el resultado es el siguiente:

Primero, no se podría predicar una violación del *non bis in ídem*<sup>61</sup>, dado que esas "otras normas" se convierten y pasan a ser parte del catálogo del régimen de competencia desleal. Por lo tanto, en estricto sentido, nunca se estaría imputando la infracción de la misma norma jurídica<sup>62</sup>.

Segundo, no hay invasión de competencias, pues el juez penal, laboral, o cualquier otro, conserva la competencia para pronunciarse sobre esas "otras normas", bajo las reglas y dogmática propias de cada área del Derecho.

Tercero, no se afecta el criterio de especialización institucional, pues el juez de competencia desleal se estaría pronunciando solo sobre el sentido y alcance de normas de competencia desleal, no de otros regímenes.

### 3. NO HAY PREJUDICIALIDAD, PERO SÍ DEBERÍA EXISTIR

Según se expuso en el punto precedente, ni sustancial ni procesalmente es posible aplicar la suspensión por prejudicialidad en los casos de competencia desleal. Dicho lo anterior, en mi opinión, debería aplicarse dicha figura, porque en caso de que el juez de primera instancia no acierte sobre la correcta interpretación de la otra norma (violada), los mecanismos de corrección de los que disponen las partes no son suficientes.

#### 3.1 Argumentos en favor del "juez deferente"

En la aplicación del artículo 18 de la Ley 256 de 1996, un "juez deferente" suspendería el proceso de competencia desleal, mientras que un juez laboral decide si se violó la ley

de la que, por ello mismo, no disfrutarán quienes hubieran optado por cumplir el mandato legal por aquel desatendido -al respecto, sentencias 512/2005, de 24 de junio, 1348/2006, de 29 de diciembre y 311/2007, de 23 de marzo-. Sólo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo. En un caso -el previsto en el apartado 2-, se considera que el normal desenvolvimiento del sistema concurrencial sufre con la misma infracción, mientras que en el otro -el previsto en el apartado 1- la causa de la perturbación no es ésta, sino la obtención de un beneficio del que no disponen los agentes cumplidores, pues no se toleran las ventajas competitivas obtenidas con el incumplimiento de normas generales". Cfr. Sentencia T.S. 38/2011 (Sala 1) de 16 de febrero.

- 61 "Al interpretar el alcance de la garantía constitucional, la jurisprudencia colombiana ha precisado que un mismo supuesto fáctico puede eventualmente llevar a dos consecuencias negativas para la misma persona, pero advirtió que se vulnera el *non bis in ídem* cuando se presenta una triple identidad (objeto, causa y persona) en las dos imputaciones" (negrilla fuera de texto). Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012.
- 62 Los juzgamientos en el proceso de competencia desleal diferirían de cualquier otro en razón de su finalidad, bien jurídico tutelado, ordenamiento al cual pertenece la norma que se imputa como violada y jurisdicción que se pronuncia sobre la infracción. "Según la jurisprudencia de la Corte, existen múltiples razones por las cuales puede no existir identidad de causa. En este sentido ha indicado que la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción" (negrilla fuera de texto). Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2012.

laboral, para luego partir de ahí y decidir si surgió una ventaja competitiva del infractor, o mientras que la DIAN resuelve si se infringió la ley de impuestos, para luego partir de ahí y decidir si esa violación le concedió una ventaja en el mercado del infractor.

Las razones que privilegiarían esta postura son las siguientes:

### 3.1.1. El diseño institucional favorece la especialización temática

Una poderosa razón para que haya una sola autoridad especializada encargada de fijar el alcance de cada disposición está en que en nuestro diseño institucional se reconocen los beneficios de que se cree "derecho viviente"<sup>63</sup>, a partir de pronunciamientos que cumplan con ser consistentes<sup>64</sup>, consolidados<sup>65</sup> y relevantes<sup>66</sup>. A partir de lo anterior, una autoridad puede establecer una postura dominante sobre los alcances de derechos y obligaciones contenidos en cada disposición (por ejemplo, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, doctrina probable de la SIC y los precedentes de la Corte Constitucional)<sup>67</sup>.

Por lo tanto, que una autoridad se pronuncie sobre la violación de normas que no son parte de su "disciplina" (v.gr. que un juez civil se pronuncie sobre la infracción de una norma laboral) generaría un debilitamiento de la seguridad jurídica que brinda que una sola autoridad fije el sentido de las normas, y una contradicción con el diseño institucional que reconoce el valor de la especialización temática de las autoridades<sup>68</sup>.

### 3.1.2. La SIC puede errar en la interpretación de las "otras normas"

La amenaza para la seguridad jurídica más evidente aparece en la medida que dos autoridades podrían decidir y pronunciarse sobre la ilicitud de unos mismos hechos frente a una misma norma, lo cual podría desembocar en decisiones contradictorias<sup>69</sup>. A modo de ejemplo, que el juez de competencia desleal indique que se violó la ley de impuestos

63 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-557 de 2001 y C-537 de 2010.

64 Es decir, no guardar contradicciones internas.

65 Es decir, resultar de varias decisiones anteriores y no de una innovación doctrinal.

66 Es decir, definir el sentido y alcance de las normas en cuestión.

67 PALACIOS LLERAS, ANDRÉS Y PABÓN ALMANZA, CAMILO. La doctrina probable en sede administrativa: los escollos del artículo 24 de la Ley 1340 del 2009, en *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 28. Bogotá D.C.: , 2008.

68 Cfr. BAUM, LAWRENCE. Probing the effects of judicial specialization, en *Duke Law Journal*, vol. 58, 2009. Cfr. REVESZ, RICHARD L. Specialized courts and the administrative lawmaking system, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138. Cfr. ZIMMER, MARKUS B. Overview of specialized courts, en *International Journal for Court Administration*. Agosto, 2009. Cfr. WOOD, DIANE P. Generalist judges in a specialized world. *University of Chicago Law School*, 1997.

69 "Esto lesiona la seguridad jurídica, el cual es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta (...). En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre

y, posteriormente, la DIAN adopte una decisión en una investigación administrativa en sentido contrario.

Sobre este último aspecto, no es meramente hipotético que la SIC pueda errar en la interpretación de esas "otras normas": En el caso de Energía Confiable S.A. ESP vs. Electricaribe S.A. ESP, la SIC entendió que las fórmulas de la Resolución CREG 031 de 1997 aplicaban solo a usuarios regulados<sup>70</sup>, pero en segunda instancia, el Tribunal Superior de Barranquilla<sup>71</sup>, revisando los conceptos de la CREG y de la SSPD, concluyó que esa resolución de fórmulas tarifarias aplicaba tanto a usuarios regulados como a los no regulados. Y con ese cambio en el entendimiento del alcance de la "otra norma", cambió la solución del caso, revocó la decisión de la SIC y, en consecuencia, condenó al demandado.

Nótese que la diferencia de criterio entre la SIC y el Tribunal no se presentó respecto de las normas de competencia desleal, sino respecto de las "otras normas" jurídicas, evidenciando que la SIC puede tomar juicios totalmente opuestos y contradictorios a los juicios adoptados por las autoridades sectoriales y especializadas.

### 3.1.3. *La "necesidad" no puede depender de la discrecionalidad del juez de competencia desleal*

En un fallo reseñado anteriormente, la SIC indicó que en los casos de competencia desleal, y especialmente respecto del artículo 18, sería posible aplicar la figura de la prejudicialidad, según fuera "necesario y útil" para el juez en un caso concreto. En otras palabras, incluso si hay un proceso en el cual se discuta si se violó esa otra norma simultáneamente, si en las pruebas que obran en el expediente hay suficientes elementos de juicio que permitan que el juez de competencia desleal tome la decisión, no hará falta aplicar la suspensión por prejudicialidad. En ese fallo, explícitamente la SIC indicó que era una facultad discrecional del juez aplicar o no esa figura<sup>72</sup>.

No obstante, de la muestra de casos que tomé, hay un 40 % de fallos en los cuales la SIC se pronunció sobre el alcance de la "otra norma" infringida, sin que aparezca en el fallo que se haya apoyado en conceptos o decisiones de ninguna otra autoridad que la guiaran sobre el contenido normativo de la "otra norma". Lo que se pone en evidencia es que la SIC no ha sido consistente en aplicar esa tesis de "necesidad y utilidad", pues casi la mitad de los casos los falló sin aplicar la prejudicialidad, y sin contar con conceptos o referencias de las autoridades sectoriales sobre la violación de la otra norma. Además, en un caso dijo la SIC, de manera expresa, que era una carga del demandante aportar la prueba de por qué se consideraban violadas esas normas (incluyendo conceptos, oficios o cualquier otro elemento que llevara al juez a considerar que se infringió el contenido

el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado" (negrilla fuera de texto). Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012.

70 Resolución 29843 de 2003, p. 10.

71 Sentencia del 10 de agosto de 2007.

72 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35717 de 2002. Caso Genercauca y Conenergía.

normativo de la otra norma), sin que la SIC entrara a traer de oficio al expediente esos elementos de juicio<sup>73</sup>. En todo caso, no puede depender de cada juez si se suspende o no un proceso, sino que debe haber una regla clara a ese respecto en la ley.

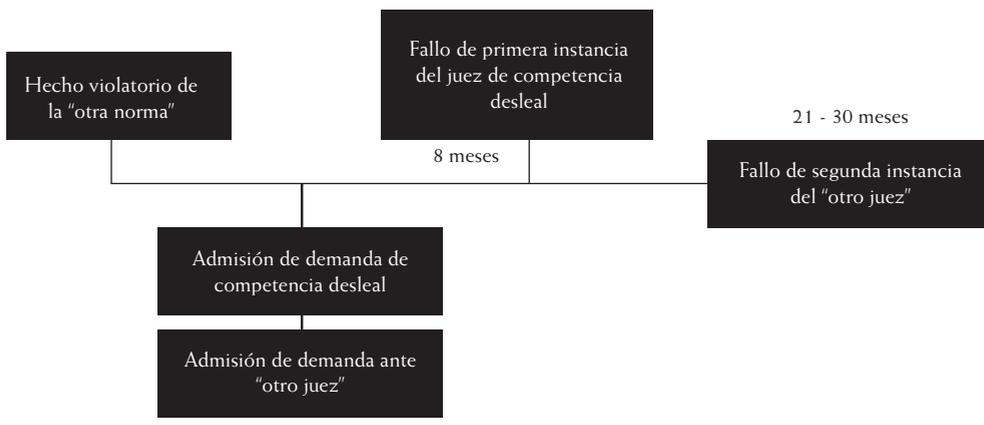
#### 3.1.4. No siempre habrá posibilidad de cuestionar a tiempo la interpretación de la otra norma

Bajo la premisa de que no se puede suspender el proceso de competencia desleal, la segunda pregunta planteada al comienzo de este escrito fue: ¿qué ocurre si el juez de competencia desleal se pronuncia sobre la violación de la otra norma y, posteriormente, el juez especializado decide lo contrario para el mismo caso concreto?

Para resolver esa pregunta, considérense los siguientes escenarios:

(i) Primer escenario: tanto el proceso de competencia desleal como el otro proceso iniciaron exactamente el mismo día:

- El tiempo promedio de una primera instancia en la SIC es de 8 meses<sup>74</sup>.
- El tiempo promedio de un juicio de la jurisdicción ordinaria (civil y laboral) es de 21 meses<sup>75</sup>, y en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es de 30 meses, en promedio<sup>76</sup>.



73 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 5131 de 2012.

74 Cfr. Informe de gestión SIC. Disponible en internet: [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Informe\\_Gestion\\_SIC\\_2015.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Informe_Gestion_SIC_2015.pdf) Indicadores SINEJ. Disponible en internet: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/informes-sinej> También, indicadores de gestión SIC. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Indicadores%20de%20Gesti%C3%B3n.pdf>

75 Disponible en internet: <http://www.cej.org.co/index.php/293-sala-de-prensa/articulos-de-prensa/prensa-escrita/1493-descongestion-de-procesos-requiere-planes-de-avanzada>

76 Ibidem. Sin perjuicio de la obligación legal de fallar en primera y segunda instancia en un año y seis meses desde el auto admisorio de la demanda. Código General del Proceso, artículo 121.

En ese escenario, difícilmente llegará la decisión del otro juez antes de que la SIC profiera fallo de primera instancia, o incluso antes de que se falle la segunda instancia del caso de competencia desleal. Pero si se vencieron los términos para acudir en apelación, difícilmente se podría acudir a otra acción o recurso extraordinario para cuestionar la interpretación de la norma por el juez de competencia desleal: nótese que ninguna de las causales del recurso de revisión serviría para incorporar la decisión del otro proceso y revocar la de competencia desleal<sup>77</sup>, y en sede de tutela no solo se deberá demostrar que hubo una interpretación diferente sobre esa "otra norma", sino que la interpretación de la SIC fue arbitraria, lo cual dificulta un ataque por la vía constitucional<sup>78</sup>.

(ii) Segundo escenario: el proceso de competencia desleal inició un día antes de que vencieran los 3 años de la prescripción objetiva, mientras que el "otro proceso" inició en el primer día después de ocurrida la infracción:

77 "Artículo 355. Causales. Son causales de revisión: 1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas. 4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida. 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente. 7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad. 8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso. 9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada". Código General del Proceso, artículo 355.

78 "En casos como el presente corresponde a la parte actora la carga de explicar la existencia de una tal arbitrariedad en la interpretación. En este sentido no basta con que argumente que no se encuentra satisfecha con la interpretación del juez o que considera que existe una mejor o más adecuada al respectivo sistema o a los valores, derechos o principios constitucionales. Cuando la cuestión debatida en sede constitucional se refiera a un problema de interpretación de la ley, la parte actora de la acción de tutela debe aportar con total claridad las razones que demuestren la absoluta arbitrariedad en la interpretación impugnada. En el presente caso la actora se limita a cuestionar la interpretación del Consejo de Estado sin aportar razones suficientes para demostrar que dicha interpretación es ostensiblemente arbitraria. La actora no se detiene a demostrar que dicha interpretación es jurídicamente imposible, absolutamente irrazonable u ostensiblemente arbitraria. Por las razones anteriores la Sala no puede menos que desestimar la presunta vía de hecho por interpretación arbitraria pues no existe en el expediente prueba de tal arbitrariedad". Corte Constitucional, Sentencia T-230 de 2007.

- Al tiempo promedio de una primera instancia en la SIC de 8 meses, se le sumaría el tiempo que corrió antes de que prescribiera la acción (2 años y 364 días), para un total de 3 años y 8 meses<sup>79</sup>.
- Al tiempo promedio de un juicio de la jurisdicción ordinaria (civil y laboral) de 21 meses<sup>80</sup>, y en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de 30 meses en promedio, se le sumaría un día correspondiente a la admisión de la demanda<sup>81</sup>.



En ese escenario, sí es posible que llegue la decisión del otro juez antes de que la SIC profiera fallo de primera instancia, caso en el cual podría aportarse copia de la decisión, para alimentar la decisión del juez de competencia desleal. Además, se podría incorporar como elemento dentro de un eventual recurso de apelación, alegando error de derecho por indebida interpretación de la norma jurídica aplicada por el juez de competencia desleal<sup>82</sup>.

De esos dos escenarios, aparece que hay al menos uno en el cual es fácticamente posible que haya dos pronunciamientos contradictorios sobre un mismo hecho y por la violación de una misma norma, ejecutoriados y sin posibilidad de ser cuestionados.

Y de los dos escenarios, es más probable que ocurra el primero, puesto que la prescripción de las acciones de competencia desleal es más corta (i) que las caducidades de las potestades sancionatorias de la administración y (ii) que las prescripciones ordinarias.

79 Cfr. Informe de gestión SIC. Disponible en internet: [http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Informe\\_Gestion\\_SIC\\_2015.pdf](http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Informe_Gestion_SIC_2015.pdf) Indicadores SINEJ. Disponible en internet: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/informes-sinej> También, indicadores de gestión SIC. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/documentos/Indicadores%20de%20Gesti%C3%B3n.pdf>

80 Disponible en internet: <http://www.cej.org.co/index.php/293-sala-de-prensa/articulos-de-prensa/prensa-escrita/1493-descongestion-de-procesos-requiere-planes-de-avanzada>

81 Ibidem. Sin perjuicio de la obligación legal de fallar en primera y segunda instancia en un año y seis meses desde el auto admisorio de la demanda. Código General del Proceso, artículo 121.

82 "[...] la interpretación errónea se presenta cuando el sentenciador aplica la norma pertinente, pero atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde". Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 10 de 2003. M. P. Eduardo López.

Entonces, posiblemente se inicien (y se terminen) primero los procesos de competencia desleal.

### 3.2. Conclusión

Una cualidad del sistema jurídico en los Estados democráticos es "su predictibilidad y coherencia de las decisiones judiciales"<sup>83</sup>. Por lo tanto, que un mismo caso tenga dos decisiones contradictorias es una falla del diseño institucional.

Se hizo evidente que es posible, con un alto grado de probabilidad, que frente a una misma violación de norma decida primero el juez de competencia desleal que el otro juez. Allí, el afectado quedará sin posibilidad de buscar la corrección de la sentencia del juez de competencia desleal, teniendo entonces que convivir con dos decisiones totalmente opuestas sobre un mismo hecho y una misma norma jurídica.

No obstante, frente al texto legal hoy vigente es improcedente suspender un proceso de competencia desleal por prejudicialidad.

La SIC no puede obrar en un vacío, por cuanto, como juez de la República, está obligada constitucionalmente a promover la seguridad jurídica y la igualdad de trato<sup>84</sup>. Por lo tanto, en defecto de la suspensión, la forma en la cual la SIC se ha propuesto superar la mencionada falla consiste en imponer a las partes la carga de allegar al expediente los elementos de juicio que lleven al juez al convencimiento sobre cuál es el contenido normativo de la "otra norma", para así mitigar el riesgo de pronunciamientos contradictorios.

83 "Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predictibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predictibilidad antes anotado". Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011.

84 "La administración de justicia es definida por el artículo 228 como una función pública. Dicha disposición articula el ejercicio de tal función con varias exigencias: (i) un mandato de que las decisiones sean independientes; (ii) un mandato de publicidad y permanencia de sus actuaciones; (iii) un mandato de prevalencia del derecho sustancial; (iv) una obligación de cumplir los términos procesales; y (v) un mandato de desconcentración y autonomía. Además de ello y como consecuencia de la vinculación general de todas las autoridades públicas a la Constitución, los jueces se encuentran también sujetos (vi) a la obligación de promover la seguridad jurídica y garantizar la igualdad de trato". Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015.

Entonces, si las partes no cumplen con esa carga, es mi opinión que es un deber del juez decretar las pruebas de oficio<sup>85</sup> que sean necesarias para traer al expediente las opiniones, resoluciones y decisiones relevantes para fundamentar su decisión sobre la violación de la otra norma, que sirvan de base para imputar el acto de deslealtad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicado: 08001 23 31 000 2013 00866 01. Proceso: nulidad y restablecimiento del derecho. C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., 19 de julio de 2016.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C. P. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 2 de marzo de 2016.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto 2015-00006 de 24 de septiembre de 2015. Expediente: 110010328000201500006-01, radicado interno: 2015-0006.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto 2015-00006 de 24 de septiembre de 2015. Expediente: 110010328000201500006-01, radicado interno: 2015-0006.
- Consejo de Estado, Sección Cuarta. Auto del 5 de marzo de 2004. Expediente: 14366. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.
- Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia .
- Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2001.
- Corte Constitucional, Auto 278 de 2009.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Radicado: 25000-23-25-000-2008-00174-03 (1867-12). C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., 18 de octubre de 2012.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de abril 10 de 2003. M. P. Eduardo López.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01290-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 2 de marzo de 2016.
- Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué – Tolima. Radicado: 73001-33-33-003-2015-00090-00. Medio de Control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Ruby Castro Rodríguez, demandada: Departamento del Tolima. Ibagué, 28 de septiembre de 2015.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I. Bogotá D.C.: Editorial ABC, 2016.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia. I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.

85 “Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: [...] 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”. Código General del Proceso, artículo 42.

- PALACIOS LLERAS, ANDRÉS y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID. Una nueva visión sobre los orígenes del derecho de la competencia colombiano, en *Revista CEDEC*, vol. 11, n.º 11. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- PALACIOS LLERAS, ANDRÉS y PABÓN ALMANZA, CAMILO. La doctrina probable en sede administrativa: los escollos del artículo 24 de la Ley 1340 del 2009, en *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía*, 2008. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicado: IUS 077-03670-2007, disciplinado: Luis Felipe Jiménez Uruña, cargo y entidad: Secretario de Tránsito y Transporte Municipal de Florencia - Caquetá, quejoso: de oficio, fecha de los hechos: años 2006-2007. Resolución 25418 de 2002.
- Resolución 29843 de 2003.
- Resolución No. 4987 marzo 9 de 2004.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005 de 2009.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 012 de 2009.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1228 de 2015. Caso *Compagnie Gervais Danone y Danone Alquería S.A. vs. Alpina Productos Alimenticios*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 18 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1990 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 23 de 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 2763 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 4229 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 465 de 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 7 de 2008.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 26 de mayo de 2016 (Rad. 2015-44442).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 26 de mayo de 2016 (Rad. 2015-47764).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 3128 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 5131 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 5132 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 18 de 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 4158 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 4230 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 616 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 823 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 824 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 840 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 073 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 173 de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25418 de 2002, Caso *Genercauca y Conenrgía*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35717 de 2002. Caso *Genercauca y Conenrgía*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso *Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsergraf vs. Quebecor World Bogotá S.A., Servicios Temporales en General y Enlace y Gestión Temporal S.A.*

- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso De Ruiter's Nieuwe Rozen B.V. vs. C.I. La Magdalena S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso Directv Colombia Ltda. vs. Cablevista S.A. (ahora Global T.V. Telecomunicaciones S.A.)
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P) vs. Telemercadeo Global S. E.U.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso Galotrans Ltda. vs. Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso Geofundaciones S.A. y Vías y Construcciones S.A. (VICON S.A.) vs. Soletanche Bachy Cimas S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Caso Procter & Gamble Colombia Ltda. vs. Unilever Andina Colombia Ltda.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 18 de octubre de 2016, Caracol Televisión S.A. vs. Telmex Colombia S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 del 11 de marzo de 2011, Sanval Ltda. y María Consuelo Sánchez Rey vs. Soluciones Integrales para el Concreto Ltda. y Alpinismo Urbano E.U.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 18 del 1 de abril de 2011, Bayer Cropscience S.A. vs. Saat Andina S.A.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 2 del 31 de enero de 2011, Invicta Watch Company of América e Invicta S.A. v. Importaciones Aristgom S.A.
- Tribunal Administrativo del Quindío. Audiencia del 10 de marzo de 2016. Reparación directa, accionante: Grupo Los Pinos SAS, accionado: Municipio de Circasia. M.P. Luis Javier Rosero Villota. Evolución Jurídica del
- Tribunal Administrativo del Quindío 1966-2016. Disponible en internet: [http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion\\_juridica\\_del\\_tribunal\\_administrativo\\_del\\_quindio\\_1966\\_2016](http://tribunaladministrativodelquindio.gov.co/novedad-detalle-id-23-t-evolucion_juridica_del_tribunal_administrativo_del_quindio_1966_2016)