

PROCESO DE COMPETENCIA DESLEAL - No hay violación del debido proceso por ejecución inmediata de las medidas cautelares decretadas / MEDIDAS CAUTELARES – Ejecución inmediata

En lo que respecta al hecho de que la Superintendencia procedió con la ejecución del auto No. 18728 de 2012, pese a que no se encontraba ejecutoriado por cuanto no se habían resuelto los recursos interpuestos, la Sala estima que para poder determinar la legalidad de la práctica, resulta necesario estudiar la naturaleza misma de las medidas cautelares y su finalidad. El artículo 327 del C.P.C. dispone que las medidas cautelares han de cumplirse de manera inmediata, aún antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, lo cual encuentra sustento en que, dada su naturaleza preventiva, permitir que su ejecución sea posterior al auto que las ordena, daría la posibilidad al demandado de eludirla, impidiendo la protección eficaz del derecho amenazado. Con lo anterior, no se está vulnerando el derecho a la defensa de quien se ve afectado por la imposición de medidas cautelares, pues para ello el interesado debe prestar una caución, la cual deberá cubrir cualquier perjuicio que se pueda derivar de la práctica de las medidas, en caso de que éstas sean revocadas.

CONTRACAUTELA - No hubo violación al debido proceso porque la ofrecida no consideró los intereses de los consumidores

En el presente asunto, las medidas están buscando hacer cesar los supuestos actos de competencia desleal que viene realizando INDUNILO LIMITADA, mediante el retiro de los productos en cuyo origen empresarial se menciona a la empresa FRESKALECHE S.A.; la abstención de rotular los productos informando que son fabricados por esa misma empresa; la publicación en un diario de circulación nacional un anuncio que señale que los productos que comercializa INDUNILO LTDA no son fabricados por FRESKALECHE S.A., entre otras. De lo anterior se colige que las medidas decretadas abarcan no sólo los derechos de la sociedad querellante, sino también los del público consumidor en general, razón por la cual, de presentarse una contracautela, sería necesario que la misma cubriera todos estos intereses. Sin embargo, de conformidad con lo expresado por el apoderado de la sociedad INDUNILO LIMITADA, la garantía ofrecida va dirigida a indemnizar los perjuicios que se le puedan llegar a causar a FRESKALECHE S.A. únicamente, y nada se dispone acerca de los intereses de los consumidores, los cuales también se verían afectados de continuarse con la conducta desleal.

CODIGO GENERAL DEL PROCESO Y PROCESO DE COMPETENCIA DESLEAL - Procedencia de los recursos contra autos dictados en ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Industria y Comercio hace improcedente la acción de tutela

El Código General Proceso es una norma procesal de orden público y de inmediata aplicación en el presente caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 626 literal a) y 627 de dicho Estatuto. Entonces, la norma a observar para efectos de resolver sobre los recursos interpuestos es el Código General del Proceso y no la Ley 446 de 1998. Así la providencia haya sido expedida antes de la entrada en vigencia del C.G.P., la existencia del recurso está contemplada en la nueva norma, la cual permite su interposición y así se estudiará. De lo anterior se deriva que contra el Auto No. 18728 proceden los recursos interpuestos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo aplicó la Superintendencia de Industria y Comercio... Así las cosas, la Sala encuentra que el actor tiene otro mecanismo para la defensa de sus derechos, del cual hizo uso dentro del procedimiento judicial y que todavía no

ha sido decidido. Por esta razón los argumentos que versan sobre la legalidad de los autos pendientes de decisión de segunda instancia no se estudiarán de fondo, toda vez que no superan el examen de procedibilidad.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 351 /

NOTA DE RELATORIA: Ver, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 31 de julio de 2012, C.P. María Elizabeth García González, Exp: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC)IJ, y Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005, sobre procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00835-01(AC)

Actor: INDUNILO LIMITADA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La Sala decide sobre la impugnación formulada por la parte demandada contra la providencia del 28 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Segunda – Subsección A- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ampara los derechos fundamentales del actor.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

La sociedad INDUNILO LIMITADA actuando a través de apoderado, instauró acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y al buen nombre, violados dentro de un proceso de competencia desleal al proferir los Autos No. 6136 del 23 de diciembre de 2011, 2299 del 31 de enero de 2012, 6006 del 29 de febrero de 2012, 11591 del 24 de abril de 2012, 11589 del 24 de abril de 2012, 11587 del 24 de abril de 2012, 18728 del 6 de julio de 2012, y 22313 del 10 de agosto de 2012.

Dentro del acápite de pretensiones solicitó:

“1. Dejar sin efectos los Autos 6136 del 23 de diciembre de 2011, Auto 2299 del 31 de enero de 2012, Auto 6006 de 29 de febrero de 2012, Auto 11591 del 24 de abril de 2012, auto 11589 de 24 de abril de 2012, Auto No. 11587 de 24 de abril de 2012, Auto 18728 del 6 de julio de 2012, Auto 22313 del 10 de agosto de 2012, proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y ordenar rehacer la actuación respetando el debido proceso conculcado.”

Los fundamentos fácticos se resumen así:

1.- La empresa INDUNILO LIMITADA incluía en su objeto social, entre otras actividades, el reempaque y comercialización de leche entera en polvo, actividad que fue autorizada por el INVIMA.

2.- El Decreto 616 de 2006 prohibió el reempaque de leche entera en polvo, razón por la cual el INVIMA canceló los registros otorgados a reempacadores de leche.

3.- Mientras los registros sanitarios estuvieron vigentes y se pudo realizar la actividad de reempaque y venta de leche entera en polvo, INDUNILO LTDA comercializaba la materia prima con varios proveedores, entre ellos, FRESKALECHE S.A. En cumplimiento de la normativa vigente, INDUNILO LTDA colocó en sus empaques la precisión de que eran producidos por FRESKALECHE S.A., leyenda que fue incorporado en el registro sanitario.

4.- La empresa INDUNILO LTDA comenzó a adelantar el montaje de su propia planta productora de leche en polvo, lo que llevó a FRESKALECHE S.A. a exigir que su nombre no apareciera en el registro sanitario ni en los empaques de los productos.

5.- En enero de 2011, FRESKALECHE S.A. solicitó a INDUNILO LTDA llegar a un acuerdo sobre el tema de la identificación de FRESKALECHE S.A. en los empaques comercializados, puesto que ya no se encontraban produciendo la leche en polvo para ser reempacada.

6.- El 10 de junio de 2011, FRESKALECHE S.A. e INDUNILO LTDA llegaron a un acuerdo, en el sentido de que ésta última sólo empacaría con el registro donde

aparecía FRESKALECHE S.A. como fabricante, hasta el momento en que se agotaran los empaques que tenía a esa fecha. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el periodo máximo de vencimiento de este producto es un año, se observa que INDUNILO LTDA continuó empacando más allá del plazo acordado, toda vez que sus productos señalan como fecha de vencimiento el año 2013.

7.- En vista de lo anterior, FRESKALECHE S.A. presentó demanda por competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio y solicitó el decreto de medidas cautelares previas, con base en que INDUNILO LTDA estaba usando en el empaque de sus productos la especificación de que el fabricante era FRESKALECHE S.A.

8.- Mediante Auto 6136 del 23 de diciembre de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó como medidas cautelares ordenar a INDUNILO LTDA retirar en forma inmediata los productos que mencionaran como origen empresarial o fabricante a la empresa FRESKALECHE S.A., abstenerse de rotular sus productos informando que son fabricados por esa misma empresa, prohibir que en el futuro se use la marca FRESKALECHE S.A. para identificar cualquier producto, y publicar que ciertos productos comercializados por ellos nunca habían sido fabricados por FRESKALECHE S.A.

9.- En Auto 2299 del 31 de enero de 2012, la Superintendencia expidió las órdenes tendientes a hacer efectivas las medidas cautelares antes reseñadas, ordenando elaborar los oficios para comunicar esa decisión a INDUNILO LTDA.

10.- Contra las anteriores decisiones, INDUNILO LTDA interpuso recurso de reposición y en subsidio, apelación, los cuales fueron rechazados por la Superintendencia a través del Auto 6006 del 29 de febrero de 2012, al considerar, de una parte, que no se había actuado por intermedio de apoderado y de otra que habían sido presentados en forma extemporánea.

11.- INDUNILO LTDA interpuso recurso de reposición y solicitó copias para interponer recurso de queja. Mediante Auto del 24 de abril de 2012, la Superintendencia confirmó la decisión de rechazar, no sin antes aceptar que los recursos habían sido interpuestos en tiempo, sólo que no se había actuado por intermedio de apoderado. Además, adujo que contra el auto que resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares no cabía recurso de apelación, al no tratarse de

los contemplados en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998. Sin embargo, ordenó expedir las copias para la formulación del recurso de queja.

12.- Teniendo en cuenta lo anterior, INDUNILO LTDA solicitó la nulidad de todo lo actuado, por considerar que se había efectuado indebida notificación de los autos mencionados, solicitud que fue negada¹.

13.- La Superintendencia resolvió las anteriores solicitudes de forma negativa, por lo que INDUNILO LTDA presentó un escrito solicitando el levantamiento de las medidas cautelares, alegando que el asunto había sido conciliado y propuso prestar caución u ofrecer otras garantías para el levantamiento. No obstante, la Superintendencia negó, a su vez, dicha solicitud².

14.- El 6 de julio de 2012, a través del Auto No. 18728, la Superintendencia, por solicitud del quejoso, decretó unas medidas cautelares adicionales por considerar que se estaba desatendiendo la primera orden.

15.- Contra dicho auto, INDUNILO LTDA presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos mediante Auto No. 22313 del 10 agosto de 2012, en el sentido de modificar las medidas adicionales, pero manteniendo vigentes algunas de las órdenes.

El demandante alega que, la diligencia de embargo y secuestro se practicó sin que el Auto No. 18728 (visto en el numeral 14) estuviese ejecutoriado, en razón de que no había resuelto los recursos interpuestos contra él, configurándose así una vía de hecho por defecto sustantivo y procedimental. Adicional a ello, la diligencia fue practicada en forma indebida, en la medida en que se realizó en una sede equivocada, se incautó material ajeno a la diligencia, entre otras actuaciones violatorias del debido proceso.

En síntesis, los cargos formulados por el demandante hacen referencia al hecho de que no se haya precisado la naturaleza jurisdiccional de las medidas cautelares adoptadas dentro del proceso, a que el Auto No. 18728 de 2012 se cumplió sin que estuviere ejecutoriado, que el dictamen que sirvió de fundamento para imponer las medidas cautelares adicionales no se practicó por autoridad

¹ Auto No. 11589 del 24 de abril de 2012

² Auto No. 11587 del 24 de abril de 2012

competente, que no resulta proporcional ni adecuado los términos del aviso ordenado en las medidas cautelares, y que se vulneró el debido proceso al negar la subrogación de las medidas decretadas.

II.- La Respuesta de los Demandados

La **Superintendencia de Industria y Comercio** contestó la tutela de la referencia, oponiéndose a sus pretensiones, por considerar que las decisiones se ajustaron a derecho, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso.

Alega la improcedencia de la presente acción pues estima que no se cumple con el requisito de inmediatez, dado el extenso lapso de tiempo transcurrido entre la expedición del auto que decretó las medidas cautelares y la de este mecanismo constitucional.

Sostiene que no era dable afirmar que existe vulneración al debido proceso al decretar las medidas cautelares previas, ya que dada su naturaleza, son medidas que pueden ser aplicadas antes de proferirse el respectivo fallo, con la acreditación de prueba sumaria.

Manifiesta que la entidad ha adelantado el proceso de competencia desleal con base en la normativa aplicable, por lo que, al iniciar la práctica de la diligencia se encontraba en todo su derecho pues son medidas de aplicación inmediata.

Argumenta que las medidas no eran desproporcionadas, como lo afirmó el actor, dado que se demostró la práctica de conductas desleales por parte de INDUNILO, al producir leche en polvo en instalaciones que no cumplen las disposiciones sanitarias, y ofrecer en el mercado un producto que no cumple con las condiciones para ser considerado leche.

Destaca que el levantamiento de las medidas cautelares no era aplicable al presente caso, como quiera que no se trata de ninguno de los casos previstos en el artículo 690 del C.P.C. Además, estimó que la contracautela presentada por INDUNILO de prestar caución, no es suficiente para garantizar la protección de los demás intereses que, aparte del competidor demandante, tienen cabida en el proceso de competencia desleal.

III. El fallo impugnado

La Sección Segunda –Subsección A- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 28 de septiembre de 2012, amparó los derechos invocados como vulnerados en el escrito de tutela.

Considera que la decisión de rechazar los recursos interpuestos por la parte actora en el proceso de competencia desleal era contraria a derecho por estimar que habían sido interpuestos en forma extemporánea.

Afirma que de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, la notificación de las medidas cautelares se hizo el día que se ejecutó la medida, razón por la cual los recursos no debieron haber sido rechazados. Adicional a ello, la norma no establece término alguno para la interposición del recurso.

Asevera que la sociedad demandante no contó con la oportunidad de cuestionar en sede gubernativa la decisión por medio de la cual se decretaron las medidas cautelares, lo que no permitió a la Superintendencia conocer las circunstancias específicas del caso, pues de haberlo conocido bien pudo haber puesto de presente la existencia de un negocio jurídico entre las dos sociedades en conflicto, lo que hubiese dado lugar a que no se prosiguiera con la acción de competencia desleal, sino a la resolución de un contrato, como quiera que lo que INDUNILO hizo fue incumplir lo pactado.

Estima que se vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa del actor, pues no se garantizó su participación en dicha sede. Además, destaca que con base en las disposiciones de la Constitución Política, siempre debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procedimental, por lo que no era dable rechazar los recursos por no haber sido interpuestos a través de apoderado judicial.

Expresa que era derecho de INDUNILO LTDA presentar una contracautela frente a la orden de decretar las medidas cautelares, derecho que no pudo ejercer dado que al momento de presentarlo, fue rechazado por la Superintendencia.

De igual forma indica que al no haberse concedido el recurso de apelación contra la orden de ejecutar la medida cautelar decretada, era necesario remitir a grado jurisdiccional de consulta aquella decisión, que tampoco sucedió.

IV. La impugnación

El apoderado de la parte demandada presenta escrito de impugnación reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y realizando un recuento sucinto de los hechos ocurridos dentro del proceso de competencia desleal.

Resalta el hecho de que en la sentencia de primera instancia, el Tribunal no realizó el examen de procedibilidad que de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional debe hacerse, a la luz de las causales genéricas y específicas que se han establecido para el caso de acciones de tutela encaminadas a controvertir providencias judiciales que de haberse realizado, hubiese sido declarada improcedente, toda vez que dentro de los requisitos generales de procedencia se encuentra que se trate de una irregularidad procesal que tenga incidencia en el fallo definitivo, lo cual no se presenta en este caso, habida consideración de que las decisiones adoptadas dentro del proceso de competencia desleal se ajustaron a las normas legales.

En lo que respecta a la supuesta violación del derecho de defensa del aquí demandante, señala, en primer lugar, que el proceso de competencia desleal aún se encuentra en curso y que hasta el momento, se ha dado trámite a todas las actuaciones adelantadas por las partes.

Frente al argumento del Juzgador de Primera Instancia relacionado con la inexistencia del término para la interposición de los recursos, afirma que no es cierto que no exista tal término pues el Código de Procedimiento Civil es muy claro al determinar que los mismos deben interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

La Superintendencia advierte que el Código de Procedimiento Civil es claro al indicar que las personas que comparezcan a un proceso deben hacerlo por conducto de abogado, excepto en aquellos casos en que la ley prevé su intervención directa, el cual no es el caso que nos ocupa, razón por la que el

argumento del Tribunal relacionado con que debe dársele prevalencia la derecho sustancial sobre el procesal carece de sustento.

Destaca que el Tribunal parece incurrir en una confusión en lo que respecta a la naturaleza del proceso adelantado objeto de esta tutela, por cuanto reiteradamente se refiere a “actuaciones administrativas” cuando se ha expuesto desde un principio que se trata del ejercicio de las funciones jurisdiccionales que despliega la Superintendencia.

A su vez, la entidad demandada considera que el Juez de Primera Instancia se inmiscuyó en órbitas que no le pertenecen, al concluir que de las pruebas obrantes en el expediente lo procedente no era una acción de competencia desleal sino la resolución de un contrato.

Además, asegura que adelantó una labor improcedente de análisis probatorio, empezando por que incurrió en imprecisiones en cuanto a la naturaleza de la relación entre las partes como “socios” y su eventual “separación”, así como que omitió la aplicación de una regla básica en esa materia, la cual se refiere a que las manifestaciones de las partes en su propio beneficio no tienen valor probatorio.

En el punto tocante a la procedencia de la garantía ofrecida por el aquí demandante, reitera que si bien la misma constituye un derecho de contra quien se han dictado las medidas cautelares, también lo es que dicho derecho no es absoluto y debe ajustarse a unas reglas que el Tribunal no tuvo en cuenta al momento de fallar. En efecto, para que proceda la contracautela es necesario que exista identidad de propósito entre ésta y la medida cautelar decretada, lo cual no sucedió en el presente caso, toda vez que la medida cautelar busca cesar los actos de competencia desleal que se han venido presentando y que afectan no sólo a la entidad querellante, sino al público consumidor en general; mientras que la contracautela abarca únicamente la indemnización de perjuicios frente a los intereses de quien presentó la acción y no los del público en general.

Alegó que la norma es clara al establecer que las medidas cautelares deben practicarse de forma inmediata, antes de la notificación al demandado y sin importar si contra dicha decisión se interpusieron recursos, lo que no quiere decir que el afectado no tenga la posibilidad de controvertir esa decisión, sino que dada la naturaleza misma de la medida, no es posible permitir que se dilate su práctica.

Además, uno de los requisitos para decretar la medida es que se preste caución, para que, en caso que la misma se revoque, se cubra cualquier perjuicio causado al afectado.

Por último, en cuanto a la afirmación del Tribunal de que se debía tramitar el grado jurisdiccional de consulta, argumenta que carece de total fundamento legal, habida cuenta que no se cumple con los requisitos para su procedencia de acuerdo con el artículo 386 del C.P.C.

V.- Las Consideraciones de la Sala

1.- Problema Jurídico

En el caso *sub examine*, el problema jurídico consiste en dilucidar si procede la acción de tutela contra las providencias judiciales que decretaron unas medidas cautelares, contra las que resolvieron los recursos interpuestos, así como contra el auto que negó la solicitud de levantamiento de las medidas decretadas dentro del proceso de competencia desleal que adelanta FRESKALECHE S.A. ante la Superintendencia de Industria y Comercio contra la sociedad INDUNILO LTDA, providencias proferidas, unas en vigencia de la Ley 446 de 1998³ y otras en vigencia del Código General del Proceso⁴.

El artículo 148 de Ley 446 de 1998⁵, establecía que contra los autos dictados en esta clase de procesos, no procedía recurso ni acción alguna, salvo contra el fallo definitivo del proceso o contra la decisión mediante la cual las entidades se declararan incompetentes⁶.

El Código General del Proceso, promulgado el 12 de julio de 2012, derogó de manera expresa el citado artículo 148, permitiendo desde entonces interponer

³ Autos No. 6136 del 23 de diciembre de 2011, 2299 del 31 de enero de 2012, 6006 del 29 de febrero de 2012, 11591 del 24 de abril de 2012, 11589 del 24 de abril de 2012, y 11587 del 24 de abril de 2012.

⁴ Autos No. 18728 del 6 de julio de 2012 y 22313 del 10 de agosto de 2012.

⁵ ARTICULO 148 (modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999). *PROCEDIMIENTO. (...)* Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas. (...)

⁶ Esa disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, bajo el entendido de que contra estas procede la acción de tutela. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 28 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett y C-348 de 5 de abril de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

recursos contra las providencias proferidas en el trámite de los procesos adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de facultades jurisdiccionales.

Para estudiar la procedibilidad de la acción de tutela en el caso bajo estudio, dividiremos los autos acusados en tres tipos, así:

- Los autos que fueron dictados y sus recursos resueltos en vigencia del artículo 148 de la Ley 446 de 1998.
- El auto proferido en vigencia del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, pero contra el cual se interpuso recurso de reposición y apelación en vigencia del Código General del Proceso.
- El auto expedido en vigencia del Código General del Proceso.

1.1.- Autos expedidos y cuyos recursos fueron resueltos en vigencia de la Ley 446 de 1998.-

En cuanto a los Autos No. 6136 del 23 de diciembre de 2011, 2299 del 31 de enero de 2012, 6006 del 29 de febrero de 2012, 11591 del 24 de abril de 2012, 11589 del 24 de abril de 2012, y 11587 del 24 de abril de 2012, la Sala resolverá el anterior problema jurídico abordando en primer lugar las generalidades de la acción de tutela, y la procedencia de ésta contra providencias judiciales de acuerdo a la posición mayoritaria de la Sala Plena. Seguidamente, se estudiará el caso concreto respecto de las causales genéricas y específicas de procedencia del mecanismo constitucional previsto en el artículo 86 de la Carta Fundamental, planteadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005, para finalmente emitir la decisión correspondiente en el asunto que nos ocupa.

1.1.1.- Generalidades de la acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"* o de los

particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Dispone así mismo el mencionado artículo que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1.1.2.- Tutela contra Providencia Judicial

Con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello (*Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González*), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, se concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (*Rad.: AC-10203*), abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional.

Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* - que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

Atendiendo el nuevo criterio jurisprudencial, esta Sección en Sala de 23 de agosto de 2012, adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional (*Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño*), sin perjuicio de las demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

1.1.3.- Examen del asunto a la luz de las causales genéricas de procedibilidad

La jurisprudencia constitucional ha definido unas causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela cuando ésta se promueve en contra de providencias judiciales, a saber:

1. *Que el asunto sea de evidente relevancia constitucional.*
2. *Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.*
3. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez.*
4. *Cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.*
5. *Que quien solicita el amparo tutelar identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.*
6. *Que no se trate de sentencias de tutela.*

De lo anterior se concluye que la tutela cumple con todos los requisitos generales de procedibilidad de la misma cuando se controvierten providencias judiciales, habida cuenta que se trata de una presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y al buen nombre.

De igual forma, se observa que, la parte actora agotó todos los mecanismos con los que contaba dentro del proceso ordinario, toda vez que interpuso los recursos de ley, así como la demanda fue interpuesta dentro de un término razonable y cuenta con la correspondiente identificación de los fundamentos de hecho y de derecho.

Finalmente, la acción no se dirige contra una sentencia de tutela, pues de ser así sería improcedente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a estudiar las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en lo que respecta a los autos dictados en vigencia de la Ley 446 de 1998.

1.1.4.- Examen del asunto a la luz de las causales específicas de procedibilidad.

La Corte Constitucional en la pluricitada sentencia estipuló como requisitos específicos de procedencia de tutelas contra providencias judiciales, los relacionados a continuación:

1. Defecto orgánico.
2. Defecto procedimental absoluto.
3. Defecto fáctico.
4. Defecto material o sustantivo.
5. Error inducido.
6. Decisión sin motivación.
7. Desconocimiento del precedente.
8. Violación directa de la Constitución.

De la lectura del expediente se advierte que los cargos en los que se fundamenta la alegada violación al derecho al debido proceso son: la falta de precisión de la naturaleza jurisdiccional de las medidas cautelares adoptadas, el haber practicado dichas medidas pese a que el auto que las decretó no se encontraba ejecutoriado, y la negativa de la entidad demandada de aceptar la contracautela ofrecida por el aquí actor.

1.1.4.1.- La Sala observa que desde el auto admisorio de la demanda⁷, la Superintendencia señaló que se trataba de una “*demanda **jurisdiccional de competencia desleal***”. De igual forma, en el auto mediante el cual se decretaron las medidas⁸ se indica que se trata de un proceso de competencia desleal adelantado ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así las cosas, teniendo en cuenta que existe prueba de que desde un principio la entidad demandada dilucidó la naturaleza jurisdiccional del proceso en cuestión, no es posible aceptar la prosperidad de este cargo.

1.1.4.2.- En lo que respecta al hecho de que la Superintendencia procedió con la ejecución del auto No. 18728 de 2012, pese a que no se encontraba ejecutoriado por cuanto no se habían resuelto los recursos interpuestos, la Sala estima que para poder determinar la legalidad de la práctica, resulta necesario estudiar la naturaleza misma de las medidas cautelares y su finalidad.

⁷ Auto No. 8863 del 23 de marzo de 2012 (Fl. 134 del Cuaderno No. 3)

⁸ Auto No. 6136 del 23 de diciembre de 2011

El artículo 327 del C.P.C.⁹ dispone que las medidas cautelares han de cumplirse de manera inmediata, aún antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, lo cual encuentra sustento en que, dada su naturaleza preventiva, permitir que su ejecución sea posterior al auto que las ordena, daría la posibilidad al demandado de eludirla, impidiendo la protección eficaz del derecho amenazado¹⁰.

Con lo anterior, no se está vulnerando el derecho a la defensa de quien se ve afectado por la imposición de medidas cautelares, pues para ello el interesado debe prestar una caución, la cual deberá cubrir cualquier perjuicio que se pueda derivar de la práctica de las medidas, en caso de que éstas sean revocadas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:

“(...) las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”¹¹

Así mismo, en cuanto a su finalidad, esa Corporación ha señalado que *“(c)on las medidas cautelares se persigue pues, evitar a lo menos **de manera inmediata y en forma provisoria**, que se prolongue el desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia, con verosimilitud considerada por la ley como grave, que es lo que la doctrina ha definido como una medida para conjurar el “periculum in mora”.¹²* (Resaltado fuera de texto)

En el presente caso, la Superintendencia, en el mismo auto que decretó las cautelares, fijó la caución a prestar por parte de la sociedad FRESKALECHE S.A. en

⁹ ARTÍCULO 327. CUMPLIMIENTO Y NOTIFICACION DE MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso, se entenderá que dicha parte queda notificado el día en que se apersona en aquél o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.

Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada cuando se le haya notificado el auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo. (Resaltado fuera de texto)

¹⁰ Sentencia C-925 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹¹ Ver sentencias C-054 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell , C-255 de 1998, MP Carmenza Isaza y sentencia C-925 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa

¹² Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00), lo cual fue atendido por esta sociedad, según consta a folios 122 a 124 del Cuaderno No. 1.

1.1.4.3.- Por último, en lo que respecta a la contracautela ofrecida por el aquí demandante, se observa que la misma comporta ciertos requisitos que deben cumplirse con el fin de aceptar su procedencia.

Así, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 687¹³, estableció que era necesario que la caución ofrecida conservara una unidad de propósito con la medida cuyo levantamiento se solicita, pues para que proceda resulta indispensable que garantice lo que se pretende proteger. Por ello, la contracautela que se ofrezca podrá eventualmente llevar al levantamiento de las medidas cautelares en aquellos casos en que esta decisión no implique una desprotección de los demás intereses en juego.

En el presente asunto, las medidas están buscando hacer cesar los supuestos actos de competencia desleal que viene realizando INDUNILO LIMITADA, mediante el retiro de los productos en cuyo origen empresarial se menciona a la empresa FRESKALECHE S.A.; la abstención de rotular los productos informando que son fabricados por esa misma empresa; la publicación en un diario de circulación nacional un anuncio que señale que los productos que comercializa INDUNILO LTDA no son fabricados por FRESKALECHE S.A., entre otras.

De lo anterior se colige que las medidas decretadas abarcan no sólo los derechos de la sociedad querellante, sino también los del público consumidor en general, razón por la cual, de presentarse una contracautela, sería necesario que la misma cubriera todos estos intereses.

Sin embargo, de conformidad con lo expresado por el apoderado de la sociedad INDUNILO LIMITADA¹⁴, la garantía ofrecida va dirigida a indemnizar los perjuicios que se le puedan llegar a causar a FRESKALECHE S.A. únicamente, y nada se

¹³ *ARTÍCULO 687. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:*

(...)

3. Si el demandado en proceso ordinario presta caución para garantizar lo que se pretende, sus frutos o productos si se trata de secuestro, y el pago de las costas; en el proceso ejecutivo, en los casos contemplados en el artículo 519.

¹⁴ fls. 40 a 45 de este Cuaderno

dispone acerca de los intereses de los consumidores, los cuales también se verían afectados de continuarse con la conducta desleal.

Por lo anterior, la Sala encuentra que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la tutela, por lo que procederá a negarla.

1.2.- Auto proferido en vigencia del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 contra el cual se interpusieron recursos en vigencia del Código General del Proceso.-

El Auto No. 18728 de 2012 fue proferido el 6 de julio de ese año¹⁵, estando en vigencia el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

El 12 de julio de 2012 empezó a regir el Código General del Proceso, el cual derogó de manera expresa el artículo 148 que no contemplaba la interposición de recursos contra los autos dictados en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

El día 13 de julio de 2012, INDUNILO LTDA presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación contra el citado Auto No. 18728¹⁶.

El Código General Proceso es una norma procesal de orden público y de inmediata aplicación en el presente caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 626 literal a) y 627 de dicho Estatuto¹⁷. Entonces, la norma a observar

¹⁵ Notificado por estado del 10 de julio de 2012.

¹⁶ Folio 126 del Cuaderno No. 2

¹⁷ “**Artículo 626. Derogaciones.** Deróguense las siguientes disposiciones: a) **A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados:** artículos [126](#), [128](#), la expresión “y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes” del [129](#), [130](#), [133](#), la expresión “practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130” del 134, las expresiones “y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130” y “sin tales formalidades” del 136 y [202](#) del Código Civil; artículos [9°](#) y [21](#) del Decreto 2651 de 1991; los artículos 8° [inciso 2°](#) parte final, [209 A](#) y [209 B](#) de la Ley 270 de 1996; **el artículo 148 de la Ley 446 de 1998;** [211](#) y [544](#) del Código de Procedimiento Civil; el numeral [1](#) del artículo 19 y la expresión “por sorteo público” del artículo 67 inciso [1°](#) de la Ley 1116 de 2006; el inciso [2°](#) del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión “que requerirá presentación personal” del artículo 71, el [inciso 1°](#) del artículo 215 y el [inciso 2°](#) del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión “No se requerirá actuar por intermedio de abogado” del artículo 58 numeral [4](#), el literal [e\)](#) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral [8](#) del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo [34](#) del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley. (...)”

Artículo 627. Vigencia. La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas: 1. Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, **610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.**(...)” (Resaltado fuera de texto)

para efectos de resolver sobre los recursos interpuestos es el Código General del Proceso y no la Ley 446 de 1998. Así la providencia haya sido expedida antes de la entrada en vigencia del C.G.P., la existencia del recurso está contemplada en la nueva norma, la cual permite su interposición y así se estudiará.

De lo anterior se deriva que contra el Auto No. 18728 proceden los recursos interpuestos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo aplicó la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia resolvió de fondo el recurso de reposición en el sentido de confirmar la decisión. De igual forma, concedió el de alzada, que de acuerdo al acervo probatorio que obra en el expediente, aún no ha sido resuelto.

Así las cosas, la Sala encuentra que el actor tiene otro mecanismo para la defensa de sus derechos, del cual hizo uso dentro del procedimiento judicial y que todavía no ha sido decidido. Por esta razón los argumentos que versan sobre la legalidad de los autos pendientes de decisión de segunda instancia no se estudiarán de fondo, toda vez que no superan el examen de procedibilidad.

1.3.- Auto dictado en vigencia del Código General del Proceso.-

El Auto No. 22313 del 10 de agosto de 2012 fue proferido en vigencia del Código General del Proceso, razón por la cual no existe duda alguna sobre la norma aplicable.

Mediante dicho auto, la Superintendencia resuelve el recurso de reposición interpuesto el 13 de julio de 2012 contra el Auto No. 18728 y concede el de apelación, este último todavía pendiente de ser resuelto.

En ese orden, la Sala considera que no se evidencia vulneración alguna a los derechos fundamentales de la parte actora en ninguno de los escenarios antes descritos, de un lado por cuanto las decisiones se encontraban ajustadas a derecho y de otro, habida cuenta que aún se encuentra en trámite un recurso de apelación.

Por esta razón la Sala revocará la sentencia del Tribunal para, en su lugar, negar la presente solicitud de tutela.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: NEGAR la presente tutela, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Por secretaría, envíese copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 6 de diciembre de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO