

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR COMPETENCIA DESLEAL

MARIA CAROLINA CORRALES FUENTES

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA "CUC"
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
2004**

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR COMPETENCIA DESLEAL

MARIA CAROLINA CORRALES FUENTES

Trabajo Final para optar el título de:

ABOGADO

Asesor:

DR. GUILLERMO ARÉVALO GAITAN

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA "CUC"

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2004

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Marzo 8 de 2004

Adquiere sabiduría, adquiere inteligencia, no te olvides ni te apartes de las razones de mi boca; no la dejes, y ella te guardará; ámala y te conservará. Sabiduría, ante todo, adquiere sabiduría y sobre todas tus posesiones adquiere inteligencia. (Prov. 4: 5 – 7)

Bienaventurado el hombre que halla la sabiduría y que obtiene la inteligencia porque su ganancia es mejor que la ganancia de la plata y sus frutos más que el oro fino.

Más preciosa es que las piedras preciosas y todo lo que puedes desear no se puede comparar a ella. (Prov. 3: 13 – 15)

AGRADECIMIENTOS

A Dios por brindarme la inteligencia y la sabiduría necesaria para alcanzar cada una de las metas que me he trazado.

A I Doctor Guillermo Arévalo Gaitán y al Doctor Rodrigo Palacio Cardona por haberme guiado por la senda correcta en los momentos en que lo necesité, su invaluable apoyo fueron una de mis rocas firmes.

A la Universidad Corporación Universitaria de la Costa "CUC" y a todo el cuerpo docente que contribuyeron a forjarme en el camino del saber, este es el momento de reconocerles su meritoria labor.

A mi familia por ser el gran apoyo en los momentos de tempestad.

DEDICATORIA

Son Innumerables las personas que Dios ha colocado en mi camino, a ellas en mayor menor medida tengo mucho que agradecer, pues de todas he tomado algo para moldear lo que hoy es mi ser.

Este triunfo además de ser mío es de ustedes papá, mamá, Oscar Leonardo, María Cristina, Andrés Felipe, cada uno en su momento me han ofrecido esas palabras de aliento que necesito para seguir luchando, ustedes han sido mi gran motor ¡Los amo!

Yeya, tu que has sido más que una madre, no tengo palabras para agradecerte lo que has hecho en mi vida, pues el sentimiento que tu me inspiras no se puede describir, tu gran ejemplo de fe, esperanza, amor y tenacidad me confrontan a seguir a tus pasos.

Nicanor José y Santiago Andrés, mis grandes amores; a pesar de la distancia y el sacrificio he sentido su inmenso amor y apoyo, eso ha sido muy importante para mi; con la ayuda de Dios este es el comienzo de muchos triunfos venideros.

Maria Carolina

RESUMEN

El estado tiene una doble misión que cumplir, frente a la competencia: un deber de acción, para impedir que se obstruya o restrinja la libertad de competencia y un deber de abstención para no interferir en el ejercicio de los derechos establecidos en los art. 26 y 333 inc. 5 de la Constitución Política de escoger profesión u oficio y de la libre iniciativa privada. Solo cuando lo exijan el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la nación, podrá el estado ponerle límites al alcance de la libertad económica op cit art. 333 inc. 5.

El derecho de la competencia busca la satisfacción del interés general, limita el ejercicio del poder de producir y de comercializar bienes en el mercado, en la medida en que importen un ejercicio abusivo.

La legislación colombiana sobre actos desleales en el mercado introduce los desarrollos legislativos y doctrinales existentes en las legislaciones foráneas, resaltándose la protección a través de esta normatividad de los intereses de los consumidores y del Estado.

Palabras Clave: Estado, Responsabilidad civil, Competencia desleal, Legislación colombiana.

ABSTRACT

The state has a double mission to be fulfilled, opposite to the competition: an action duty, to prevent from being obstructed or restringa the freedom of competition and a duty of abstention not to interfere in the exercise of the rights established in the art. 26 and 333 inc. 5 of the Political Constitution of choosing profession or office and of the free private initiative. Only when it is demanded by the social interest, the ambience or the cultural heritage of the nation, the state will be able to put limits to him within reach of the economic freedom op cit art. 333 inc. 5.

The right of the competition looks for the satisfaction of the general interest, limits the exercise of the power to produce and to commercialize goods on the market, as they import an excessive exercise.

The Colombian legislation on disloyal acts on the market introduces the legislative developments and existing rules and admonitions codes in the foreign legislations, the protection being highlighted across this normatividad of the interests of the consumers and of the State.

Keywords: The State, Legal liability, disloyal Competition, Colombian Legislation.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	10
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	13
2. TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
2.1 DAÑO.....	23
2.2 CULPA.....	23
2.3 NEXO CAUSAL.....	24
3. APORTES DOCTRINALES.....	27
4. COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA.....	30
5. REGÍMENES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	36
6. REQUISITOS DEL ACTO DESLEAL EN COLOMBIA.....	40
6.1 ES UN ACTO INSTITUCIONAL.....	40
6.2 SE TRATA DE UN ACTO DESLEAL.....	42
6.3 EL ACTO SE CALIFICA DE FORMA OBJETIVA.....	43
6.4 ES UN ACTO DE PELIGRO.....	44
6.5 ES UN ACTO DE MERCADO.....	45
7. SUPUESTOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....	47
8. ACTOS DESLEALES QUE AFECTAN EL INTERÉS PRIVADO DE LOS COMPETIDORES.....	49
8.1 ACTOS ENCAMINADOS A LA DESORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL COMPETIDOR.....	50
8.2 ACTOS ENCAMINADOS A AFECTAR LOS MEDIOS DE CAPTACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA CLIENTELA.....	51
8.3 ACTOS QUE ATENTEN CONTRA EL INTERÉS COLECTIVO DE LOS CONSUMIDORES.....	52
9. ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL.....	54
10. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL.....	59
10.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	59
10.2 LEGITIMACIÓN PASIVA.....	61
11. MEDIDAS CAUTELARES QUE SE PUEDEN SOLICITAR FRENTE A LOS ACTOS DESLEALES.....	63
12. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL.....	65
13. JURISPRUDENCIA SOBRE COMPETENCIA DESLEAL.....	71
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema de valores está plasmado en todos nuestros ordenamientos, es así que, desde el preámbulo de la constitución, ley de leyes, están consignados valores como convivencia, trabajo, justicia, igualdad, la libertad y la paz entre otros; estos se desarrollan desde el título primero, dando más jerarquía en el art. 1 a la dignidad humana, al trabajo solidaridad y a la prevalencia del interés general.

El ordenamiento de la competencia consagra una nación integral y tridimensional basada en tres ordenes: el normativo, el de las conductas y el de los valores, en estos el de la justicia es el principal.

El estado regula e interviene las relaciones de competencia buscando el bien común, garantizando el desarrollo de los valores tutelados en el ordenamiento jurídico.

Los valores en el orden económico son los que dan razón de ser a la defensa de la competencia, pues esta cumple una función instrumental en el mundo jurídico, es por estos que la defensa del derecho de competencia conlleva también la de valores como: La

igualdad en la participación; esta es inherente a un mercado que se desenvuelve en condiciones de libre competencia, pues si las condiciones de acceso y de participación son iguales se garantiza la libertad económica.

Si las oportunidades son iguales para todos, los usuarios podrán escoger entre una variedad de bienes y servicios por precio y calidad.

La Constitución Política de 1991 en su art. 13 dice: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica”.

Legalidad en la concurrencia; todo condicionamiento o limitación que se haga al ejercicio de la libre empresa debe derivarse de la ley o en virtud de autorización expresa de una ley, art. 6 Constitución Política, para el ejercicio de la actividad económica nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

El estado tiene una doble misión que cumplir, frente a la competencia: un deber de acción, para impedir que se obstruya o restrinja la libertad de competencia y un deber de abstención para no

interferir en el ejercicio de los derechos establecidos en los art. 26 y 333 inc. 5 de la Constitución Política de escoger profesión u oficio y de la libre iniciativa privada. Solo cuando lo exijan el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la nación, podrá el estado ponerle límites al alcance de la libertad económica op cit art. 333 inc. 5.

El derecho de la competencia busca la satisfacción del interés general, limita el ejercicio del poder de producir y de comercializar bienes en el mercado, en la medida en que importen un ejercicio abusivo.

Garriges expresa que “La competencia es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario y en consecuencia es la base del sistema capitalista” y continúa diciendo que “competencia significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que otro y al mismo tiempo que este”. Entre las prácticas que afectan la competencia esta la competencia desleal que se realiza infringiendo un mínimo deber de corrección frente a los competidores.

El competidor desleal infringe el deber de lealtad, de juego limpio con los demás competidores.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En Latinoamérica las normas encargadas de garantizar y promover la libre competencia económica no habían sido tomadas en serio por los Estados ni por el sector privado, pues se aislaban a los productores locales, de la competencia foránea, dentro de las economías de estos países.

El interés de superar esta problemática dio lugar, a la creación de normas jurídicas efectivas; muestra de ello, fueron las aperturas de las economías nacionales y la uniformidad de los ordenamientos jurídicos para garantizar así, iguales niveles de seguridad a los empresarios de las nuevas economías.

Esta innovación en las estrategias comerciales, aportaron nuevos aspectos a la economía que a su vez evidenciaron el peligro que proyectaría la libertad empresarial, con la finalidad, de establecer condiciones de competencia y alcanzar los objetivos de los procesos de integración regionales muy de moda a nivel mundial; a su vez, se homologaron los ordenamientos concurrenciales nacionales.

La preocupación internacional por regular y reprimir jurídicamente los comportamientos desleales que restringen, impiden o falsean la libre

competencia en los mercados, se ve reforzada por el deber que tienen los Estados de intervenir, para así lograr prevenir y corregir las distorsiones que generan los comportamientos empresariales en los mercados locales, ya que en países estadistas, como la mayoría de los capitalistas que adoptan las modernas tendencias neoliberales, deben abrogar esa protección.

Basta revisar el manejo jurídico del fenómeno competitivo para que encontremos dos disposiciones: La primera, dotada del dogma de protección a la libertad de competencia, la cual estimula a los empresarios, prohibiendo las situaciones que implican restricción a la competencia y la segunda, donde encontramos regulación de los aspectos mas importantes constitutivos de competencia desleal.

Siguiendo con este orden de ideas, nos atrevemos a decir, que la competencia no es mala pues esta se requiere; lo malo sería entonces, desvirtuar el sistema competitivo atrayendo la clientela mediante actuaciones incorrectas, pero no estas en el esfuerzo, calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece el empresario.

Al establecer cual es el concepto de competencia desleal, se explica que esta, no es un límite a la competencia, sino que es la situación

que se da cuando se traspasa el verdadero limite de toda competencia.

La lealtad; así los mecanismos que usa la competencia para cumplir su finalidad esencial cual es la de incrementar la clientela de un determinado agente económico son tan variados como lo es la imaginación humana, es por esto que encontramos compañías propagandísticas, que trabajan por la mejor presentación del producto, la selección optima de locales e instalaciones comerciales, sistemas de producción y venta llamativos, etc, lo que interesa es que permanezca dentro de los limites y que la lucha entre los competidores sea legitima, la cual impulsa el factor económico y tecnológico.

Pero cuando se desbordan las prácticas honestas para irrumpir en el campo de lo indefinido y se ejecutan maniobras deshonestas para desplazar a un nivel lo que se desconoce son las normas fundamentales de la libre competencia y es cuando el ordenamiento jurídico interviene para garantizar el funcionamiento de la sana competencia.

No pude establecerse diferencia entre competencia y competencia desleal, pues los fines que persigue cada una son los mismos:

aumento de la propia clientela, lo que se repudian son los medios utilizados para obtener este fin.

En las convenciones internacionales la expresión usada por los tratadistas es competencia desleal, se critica, pues jurídicamente la expresión es inexacta, pero se ha usado de manera tradicional; Lo cierto es que el concepto de deslealtad se refiere a determinadas conductas sin indagar subjetivamente caso por caso, indistintamente de que sea cometido con dolo, culpa o imprudencia.

La doctrina habla de competencia ilícita para superar el contenido moral de la deslealtad, pero es solo un sofisma a través de un cambio de palabras lo que a la vez se aclara es la ilicitud que entraña comportamientos contrarios a la ley, esto puede hacerse de dos formas:

1. Señalándolos taxativamente
2. Definiéndolos por sus rasgos y características comunes

Preferiblemente la segunda opción es la más aconsejable, pues acogería las diversas manifestaciones que vayan surgiendo con la práctica.

Si hacemos una reseña histórica sobre cuando se hizo una represión a la competencia desleal nos remontaremos a Inglaterra durante el siglo XVIII, pero como antecedentes remotos se citan los privilegios de la industria litoral que concedían los monarcas para la impresión de obras clásicas, antes de la Revolución Francesa, pero al llegar la imprenta esta representada un peligro para el conocimiento de la ideas liberales por lo que instituyeron un régimen de concesión de privilegios de impresión, lo que origino un registro de obras impresas, este fue el punto de partida de los monopolios, lo cual duro hasta 1779 cuando fueron abolidos los privilegios reales y entonces se desencadeno un sinnúmero de ediciones clandestinas que terminaron en la convención de Berna.

Otro antecedente se remonta al año 1410 cuando un grupo de profesores acudió ante los jueces de Gloucester para reclamar por la actitud de un colega que cobraba precios considerablemente mas bajos que los demás, por lo que atraería mayor numero de clientes, el fallo judicial favoreció al grupo basándose en la buena fe. Pero realmente, los primeros problemas concretos de competencia desleal se solucionaron en Inglaterra con fundamento en la Ley de los perjuicios, la cual regulaba la reclamación de indemnizaciones por daños causados a una persona sin tenerse en cuenta la existencia o no de un contrato entre el perjudicado y el responsable.

En Francia, los jueces acudían para proteger a las víctimas de las formas desleales de competencia, requiriéndose la existencia de los elementos propios de la responsabilidad como lo son: Daño, culpa, relación de causalidad entre el hecho culposo y el daño ocasionado; así mismo en otros países como Austria, Alemania y Portugal expidieron legislaciones especiales sobre practicas competitivas reprimidas, esta desigualdad legislativa dio origen a la convención de Paris de 1883 que en sus disposiciones 8 y 9 disponía la protección del nombre comercial y el deber de indicar el origen de cada producto, fue en la revisión de Bruselas de 1900 y de Washington 1911, cuando preciso el contenido al instituir que cada miembro de la unión debía asegurar la protección efectiva contra la competencia desleal. Transcurrieron mas de 150 años después de su independencia para legislar sobre monopolios, la actividad económica era tan pequeña, incipiente y tan escasa la competencia que se creía que no requería de protección alguna, fue hasta 1959 cuando el legislador dicto la Ley 155 que represento un gran esfuerzo para la época, aunque solo quedo en eso, en un gran esfuerzo, pues no contó con autoridades preocupadas por su aplicación, lo que la convirtió en una figura de museo, pues no tuvo ningún éxito en la practica y a la vez no cumplió con su misión de impedir y sancionar las practicas restrictivas del comercio.

Esto se debió al poco carácter estricto de la Ley, pues establecía: “Para que un pacto o práctica fuera restrictivo y por ende ilegal, no bastaba el solo daño a la competencia, sino que debía propiciar precios inequitativos”; Lo que ocasionó la indispensable condición de que no solo se le probará al inculpado el acto restrictivo sino además el efecto dañino de los precios inequitativos.

Esta apreciación de precios inequitativos implicaba una ambigüedad, pues esto podría ser cualquier cosa lo que dificultaba establecer la ilicitud del pacto o practica anticompetitiva.

No satisfecho con esto, el legislador estableció que eran legítimos los acuerdos restrictivos que tenían como fin la defensa de un sector básico de interés para la economía nacional, aun cuando tuvieran por efecto el establecimiento de precios inequitativos; y aquí otra vez creo una nueva ambigüedad al no precisar cuales eran los sectores básicos, lo cual dificulto la aplicación rápida y practica de la Ley al ser al funcionario al que le correspondía la carga de la prueba y no al empresario inculpado, pues al primero le exigía no prohibir sin argumentos. Esta Ley se caracterizó por la imprecisión en sus términos, pero se excuso en que sus autores carecían de antecedentes legislativos y jurisprudenciales que les permitieran precisar los actos ilícitos.

Con la expedición del Decreto 2153 de 1992, se creyó que los problemas sobre la competencia desleal tendrían una respuesta legal; con este se configuraron casos concretos restrictivos que tuvieran por objeto o por efecto el daño a la libre competencia, lo que además no requerían de razones adicionales para considerarse ilegales. Este Decreto sustituyó la referencia a una indebida restricción de la libre competencia por planteamientos más precisos que permitieron comenzar a tratar temas como la eficiencia y garantías.

Además, condena las actividades de una empresa en posición dominante sólo cuando estas tienen por objeto o pueden tener por efecto impedir o falsear el juego de la competencia sobre un mercado. Es decir, la posición dominante es la condición previa para un abuso de dicha posición, abuso cuyos elementos constitutivos resultan a la vez del comportamiento adoptado por esta empresa y del nexo de causalidad entre la posición dominante y ese comportamiento.

El Tratado de Roma en su artículo 36 da una noción de abuso, el cual ha sido bastante criticado, pues este término no coincide con la realidad ya que los comportamientos prohibidos no necesariamente son abusivos.

Las prácticas que restringen el juego de la competencia sobre el mercado son actos reprochables en si mismos.

El Legislador en el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 consideró conductas como la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, las que tengan por objeto o tengan como efecto subornidar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio o la denigración abusiva; estos comportamientos pueden llegar a ser sancionados, aunque en principio no lo sean.

Un acto de competencia desleal puede ser ilícito sin necesidad de que tenga un carácter delictual. Es así como la Comisión de la Competencia de Francia ha reprochado a un grupo de interés económico la denigración de los productos de un competidor y el ejercicio ilegítimo de su poder contractual; así mismo la misma comisión ha reconocido que nada prohíbe a una empresa enfrentada a una competencia efectiva vender sus productos a un precio inferior a su precio de costo, en caso de que la misma quiera penetrar un mercado o aumentar su participación en el mismo.

2. TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

De lo anterior podemos precisar que dentro de la evolución histórica del tratamiento que ha recibido la competencia desleal se identifican dos etapas: la primera que está enmarcada dentro del concepto de responsabilidad civil extracontractual en todos los casos excepto los que tengan una prohibición contenida en una convención y la segunda que la considera una categoría jurídica autónoma sin dejar de recopilar los aspectos de la responsabilidad civil útiles para desentrañarla.

Dentro de las sanciones a la competencia desleal según la teoría general de la responsabilidad civil para que surgiera la obligación de indemnizar como consecuencia de la comisión de un acto de competencia desleal se requería los siguientes elementos:

2.1 DAÑO

Este primer puesto requiere el perjuicio efectivo e ilícito a otra persona, ya sea de orden moral o patrimonial, es decir que lesionara económicamente a la víctima, los perjuicios eran reparables cuando eran ciertos y directos, el perjuicio futuro solo daría a la indemnización cuando haya la certeza de que se causaría y fuera susceptible de valoración inmediata, los perjuicios eventuales en ningún caso darían lugar a indemnización.

2.2 CULPA

Según esta teoría se entiende esta como el error de conducta en que no había incurrido una persona de prudencia y diligencia en iguales circunstancias en que se hallaba el responsable del hecho dañoso – culpa en abstracto- en el campo referido, competencia desleal, se exige la intencionalidad el acto competitivo, de ahí que la prueba de este elemento sea mas difícil, pero sin la cual no hay lugar a la indemnización.

2.3 NEXO CAUSAL

Se obtiene la verificación de este a través de la confrontación de los dos hechos consumados –daño y hecho dañoso- para encontrar la relación causa-efecto; este se crítico pues no tenía un papel preventivo y por tanto la víctima de un acto indebido de competencia quedaba sin protección y por otro lado se dejaban de sanciones actos atentatorio, por lo que se establecieron presunciones de culpabilidad para lo que se elaboro un catalogo de conductas indebidas.

Según la teoría moderna de la competencia desleal para dar mas dinamismo y agilidad a las instituciones de derecho comercial, se requiere de los siguientes presupuestos:

- Que se trate de un acto de competencia se requieren dos o mas agentes económicos dedicados a la misma actividad y luchando por la misma clientela.

- Que el acto de competencia realizado sea indebido, es el mas difícil pues según el contexto solo se dará este, cuando se trate de un ilícito cometido con mala fe pues lo que se busca es que extinga la utilización de medios deshonestos con la evolución social y la dinámica de la actividad comercial pero siempre

teniendo un limite en los comportamientos para evitar las sanciones legales.

Surgen los doctrinantes que respaldan la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes sostienen la obligación de indemnizar la cual surge con la simple comprobación de que el daño es producto o derivado del hecho imputable al responsable, esto muestra el trasfondo del interés jurídico tutelado pues va mas allá del interés privado y llega a proteger el orden publico, económico y social.

- Que el acto de competencia indebido sea idóneo para producir el perjuicio, si el acto mediante el cual el rival busca incrementar su clientela a expensas de la ajena, usando para ello medios desleales censurables éticamente no esta llamado a producir perjuicio alguno a la concurrencia pues su naturaleza no lo permite, no le serán aplicables normas sobre competencia desleal, aun cuando confluyan los otros dos elementos nos e consideran acto idóneo para producir un perjuicio.

Pero puede ocurrir que el acto no pueda ocasionar el daño, pero puede ser eficaz como generador de un perjuicio lo que nos coloca en la parte preventiva a través de mecanismos de represión de practicas

competitivas desleales antes de que se origine el daño cierto y actual.

Haciendo una deducción de lo que entraña la teoría moderna se requiere de dos ordenes: Elemento subjetivo ya no intencional como en la teoría tradicional sino aludiendo únicamente a la persona responsable del acto, es decir competidor de quien va a sufrir sus consecuencias; este elemento no desaparece cuando es directamente el competidor quien realiza la conducta desleal sino un intermediario suyo o aun otra empresa enteramente diferente, y otro elemento objetivo referido al acto mismo para ser constitutivo de competencia desleal debe:

- Ser de competencia. Provoca desplazamientos de la demanda a favor de quien lo realiza.
- Ser censurable. Criterios de honestidad, rectitud y sana lucha.
- Ser idóneo. Para ocasionar perjuicio de otro competidor.

Cuando confluyen estos elementos se estará en presencia del acto de competencia desleal.

3. APORTES DOCTRINALES

Según el interés jurídico tutelado la doctrina no se ha unificado y se destacan los siguientes planteamientos:

- a. Vivante. Esta institución tiene como fin proteger el derecho que tiene el empresario sobre su clientela, considerada última como un bien variado activo al igual que las materias primas y los derechos entre los que figura el uso exclusivo de la firma. Entonces con la acción de competencia desleal se ampara un interés eminentemente privado (el del empresario cuya clientela se ve afectada por la competencia desleal).

- b. Roubier. En contraposición con vivante señala que la acción por competencia desleal. a) No se fundamenta sobre el desconocimiento de un derecho del demandante b) Ni tampoco sobre el ejercicio abusivo de su derecho por el demandado, sino que c) corresponde a un uso excesivo de la libertad civil. Sustentando su primer planteamiento lo compara al desconocimiento del derecho de propiedad por un invasor lo que da pie al propietario para promover la acción reivindicatoria dirigida a recuperar su derecho y añade que otra diferente es la

acción de responsabilidad con la que se logra un subrogado pecuniario, por tanto, se parecen más a la acción de responsabilidad. Señala además sustentando su tercera premisa que indica que es un uso de la libertad civil pues se considera que las relaciones cubren los competidores, está el principio de la actividad económica es libre y exenta de responsabilidad, pero esto sería cierto sino se utilizarán medios incorrectos pues ofende el sentido de orden, justicia y seguridad jurídica, coincidiendo con Vivante, Ripert y Ferrara en que la acción de competencia desleal es proteger un interés típicamente particular.

- c. Ascarelli. Según este las teorías en las cuales el bien tutelado es la clientela no justifica el porque se represiona el acto de competencia cuando sea desleal, por el contrario, cualquier concurrencia perjudica la clientela o la organización ajena; se confunde el objeto de la conducta y el bien jurídico tutelado. Y el problema de si la disciplina de la competencia desleal da origen al nacimiento de otros derechos subjetivos para el empresario o si por el contrario es sólo una regulación de derechos objetivos.

En consideración a los anteriores planteamientos y en aras del interés que beneficie la acción de competencia desleal se requiere ir más allá del interés egoísta que beneficie a uno o varios agentes de

la actividad económica, por lo que no se pueden considerar las afirmaciones de Vivante, Ferrara o Ripert.

Pues limitan y deforman la visión de la competencia desleal por lo que es más acertado enfocar el estudio del tema considerando que los sujetos que participan en el tráfico jurídico se hallan siempre sometidos a una serie de deberes que no alcanzan a configurar obligaciones en sentido estricto pero no por ello pueden incumplirse estos deberes considerados de conducta tiene dentro de ellos el obrar de buena fe y con lealtad, manifestándose en todos los aspectos del mundo pues de lo contrario se perderían los pilares de la convivencia social.

Entonces cuando tenemos esto en cuenta se requiere que todo competidor respete los deberes de conducta para conseguir su clientela manejándose esta como un interés colectivo pues de estos son los destinatarios de la competencia, la clientela, otra cosa es que cuando del incumplimiento de ese deber de conducta se origine un perjuicio a un empresario competidor este tendrá derecho a reclamar su indemnización como consecuencia de un principio de derecho: “No es lícito causar daño a otro en forma injustificada”.

4. COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA

En nuestro ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Política, se consagran principios que garantizan la igualdad de todas las personas ante la Ley la libertad de empresa, la libertad de competencia, la iniciativa privada, la libertad de asociación, etc. Arts. 333, 334 y 336; esto como recopilación a legislaciones anteriores como la Ley 31 de 1925 en la que se define la competencia desleal como un acto de mala fe que tiene por objeto producir confusión o que tiene por efecto desacreditar un establecimiento rival; en esta se exigía que el acto fuera de mala fe para que surgiera la deslealtad. La Ley 59/1936 a través de la cual se aprobó la Convención General Interamericana de Protección Marcaría y Comercial, suscrita por nuestro país en Washington en Febrero de 1929 hizo relación a la protección de nuevas creaciones y signos distintivos y consagra que la competencia desleal no solo lesiona el interés particular del comerciante competidor, sino también el orden social y el honrado desarrollo de los negocios; así como el Decreto 410 de 1971 que regulaba el tema de competencia desleal y de la publicidad o propaganda comercial en los artículos 75 a 77.

Durante el trámite de la nueva Ley 256/96 prevaleció el interés de reafirmar la necesidad de que esta protegiera por igual los intereses de los consumidores, empresarios y el Estado, pues “la regulación que contenía el Código de Comercio se limitaba únicamente al aspecto privado y al interés particular de los comerciantes en la cual no participaban los intereses colectivos de los consumidores y menos aun el interés público del Estado por el mantenimiento de la libre competencia”¹.

Con esta innovación se coloca el nuevo régimen de competencia a tono con tendencias jurídicas europeas, pues en estas se consagra que el consumidor debe estar protegido a través de las normas de competencia desleal pues éste está en posición de desequilibrio respecto a las empresas, de donde resulta que las mismas pueden cometer toda clase de abusos impunemente, y esta protección al consumidor esta directamente relacionada con la protección del sistema competitivo al ser el arbitro que determina el éxito de los competidores en el mercado.

Es por esto, la unificación de éste criterio de la literatura jurídica universal al considerar que los intereses de los consumidores se

¹Gaceta del Congreso No. 308 sep/95 Pág. 4-.

deben tener en cuenta en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas sobre competencia desleal. De allí que en la mayoría de las legislaciones europeas se promueva y proteja un modelo de competencia caracterizado por los siguientes elementos:

- a. Claridad y diferenciación de las ofertas ya que solo si las ofertas son claras y aparecen diferenciadas, podrá el cliente potencial compararlas y elegir adecuadamente entre ellas.
- b. La actuación de los oferentes en el mercado debe basarse en su propio esfuerzo y debe abstenerse de apropiarse del resultado del esfuerzo de sus competidores.
- c. Se les exige a los agentes económicos que cumplan la legalidad vigente pues solo así compiten en condiciones de igualdad.
- d. Se prohíbe la arbitrariedad en las actuaciones de los operadores económicos, dentro del mercado no puede haber discriminaciones injustificadas entre los clientes ni se pueden imponer condiciones abusivas a los clientes que no tienen otras alternativas de suministro o de participación en las operaciones que necesitan.

e. La garantía de la libertad de decisión de los consumidores, éste es el principio mas importante pues sin esta el sistema no podría existir.

Nuestra nueva legislación establece la libertad de competir y la lealtad que deben ofrecer los participantes en el mercado, que un acto es desleal cuando se realiza con un fin concurrencial y es contrario a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. No se exige que haya un daño efectivo producto del acto censurado, basta la simple amenaza, por lo que no importa la consideración del elemento intencional o culposos.

La decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina en el Artículo 258 considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial con fin concurrencial contrario a los usos y prácticas honestas y que se tipifiquen en la Ley 256/96.

En Colombia al igual que en otros países con legislaciones avanzadas en la materia, es difícil emitir un concepto de competencia desleal dadas las varias conductas que como tal pueden calificarse,

por lo que las definiciones dadas son simples enumeraciones de las situaciones en la que esta se puede configurar.

El Art. 7 de la Ley 256/96 señala la competencia desleal como: “Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

La deslealtad del acto no esta basada exclusivamente en criterios que interesan a los comerciantes o empresarios, sino que además da cabida a los intereses colectivos de los consumidores y los intereses sociales del Estado. Así, un acto que se ajusta plenamente a la probidad comercial o a una costumbre mercantil debidamente registrada pero que afecta al interés colectivo de los consumidores según el Art. 7 de la Ley 256/96 resulta desleal dado que en el nuevo régimen existe el deber de una protección simultánea de los intereses tripartitos que concurren en el sistema competitivo, de esta manera la nueva concepción de los actos desleales en el mercado, el concepto de costumbre mercantil también se ve modificado pues con base en esta filosofía las costumbres mercantiles no se pueden reducir a

legitimar los comportamientos entre empresarios que son acordes con la probidad comercial pues además deben ser acordes con los intereses de los consumidores y del Estado.

La noción actual de competencia desleal contrasta con la usada anteriormente en donde solo se referían a comerciantes y fabricantes, y únicamente prevenían la confusión y el desprestigio del competidor empresario; la actual noción no solo abarca las situaciones mencionadas sino también la publicidad mentirosa, las indicaciones falsas de calidad de los productos, el acaparamiento, la especulación, la publicidad comercial que hace por bonificación al consumidor cuyo costo se le imputa a las mercancías, la utilización de marcas, denominadas por la doctrina como comportamiento parasitario.

5. REGÍMENES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

En nuestro país hay regímenes especiales para la represión de la competencia desleal, en el mercado financiero la Ley 45 de 1990 Art. 74 y 76 y el Estatuto Financiero Decreto 663/93 Art. 98-99 establecen un régimen especial de competencia para estos sectores, según estas normas anteriores a la nueva Ley General de Competencia Desleal en Colombia, la Superintendencia Bancaria podía de oficio o a petición de parte ordenar que se suspendieran las prácticas que tiendan a establecer la competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que según sus atribuciones generales podría imponer.

Así mismo facultaba a las personas perjudicadas por la práctica de esos actos solicitar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado a través del proceso ordinario.

Esta competencia a pesar de ser justificada por tratarse de comerciantes especiales ha sido derogada por la Ley 256/96 en sus Arts. 24 y 33 ya que faculta a los jueces especializados en Derecho Comercial o en su defecto a los Jueces Civiles del Circuito.

En consecuencia, a partir de la vigencia de dicha Ley en Colombia las autoridades administrativas carecen de toda competencia para juzgar los actos desleales en el mercado por lo que quedan proscritas las sanciones administrativas en estos casos.

Según esta Ley, cualquier persona que realice actos desleales en el mercado, el funcionario competente para juzgarlos y sancionarlos necesariamente debe pertenecer a la rama jurisdiccional y solo se podrán adelantar las acciones declarativa y de condena o la preventiva y de prohibición tramitadas por el procedimiento abreviado; este aspecto de la laureada Ley 256/96 se diferencia de las legislaciones de otros países pues en estos las autoridades administrativas poseen una activa participación en la calificación de deslealtad del acto. En Perú, por ejemplo, las acciones o denuncias por competencia desleal se interponen en una primera etapa ante una comisión Ad Hoc que forma parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Industrial – INDECOPI-; estas denuncias van dirigidas a que esta autoridad administrativa declare la deslealtad del acto además de que cese la actuación desleal y a remover los efectos de esta con la facultad de dictar medidas cautelares e imponer multas, una vez finalizada por la vía administrativa es a la justicia común a la que se le solicita la acción civil por resarcimiento de daños y perjuicios; en Estados

Unidos se utiliza un sistema mixto de represión, en este intervienen la autoridad judicial y la administrativa y es la Federal Trade Commission –FTC- quien tiene a su cargo la vigilancia y control sobre las practicas desleales de comercio.

A pesar de que las disposiciones desleales sobre competencia desleal en el sector financiero fueron derogadas parcialmente todavía conservan vigencia legal con respecto a los supuestos que permiten determinar en que eventos las actuaciones de estos comerciantes especiales configuran actos desleales ya que estos no contrarían la nueva Ley de competencia desleal en Colombia.

En el mercado marítimo los actos desleales se rigen por el reglamento Nacional de Transporte Marítimo, Decreto 3111/97 Art. 72 que empezó a regir el 30 de diciembre de 1997 y que reprodujo supuestos que establecía el anterior régimen de Transporte marítimo Decreto 2327/91 Art. 30 y 38, dentro de los cuales se determinaba en que evento las actuaciones de las empresas de transporte marítimo configuraban actos desleales. Adicionalmente el Reglamento Nacional de Transporte marítimo de 1997 ratificó a la Dirección General Marítima como el órgano competente para sancionar los actos desleales en el transporte marítimo, para tal efecto DIMAR, de conformidad con los criterios señalados en los Arts. 46 - 48 de la Ley

336/96 y según la gravedad de la infracción y las circunstancias bajo las cuales ocurra puede imponer las siguientes sanciones: amonestación, suspensión, y/o cancelación de la habilitación y permiso de operación y multas que oscilan entre 1 a 1.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la multa; Esta competencia asignada a la DIMAR por el Decreto 2327/91 Arts. 30 y 38 fue derogada por la Ley 256/96. No obstante, esta derogación con la expedición del Reglamento Nacional de Transporte Marítimo, Decreto 3111/97 el gobierno asignó nuevamente a la DIMAR para conocer y sancionar los actos de competencia desleal que surjan en el sector marítimo, lo cual intuye un conflicto de competencia entre las autoridades facultadas para conocer de la sanción de estos actos, el cual deberá ser solucionado a la luz de los criterios interpretativos respecto de la aplicación y vigencia de las leyes en el tiempo y su prevalencia según la especialidad o generalidad de la Ley, así como el principio de subordinación de las normas jurídicas ya que no se puede desconocer que se enfrentan disposiciones de una Ley que regula de forma general una materia frente a las disposiciones de un decreto.

6. REQUISITOS DEL ACTO DESLEAL EN COLOMBIA.

En el mercado colombiano se requiere las mismas exigencias para que el acto sea desleal que en varias legislaciones europeas:

- Que sea desleal
- Que se califique objetivamente.
- Que sea institucional.
- De peligro.
- De mercado.

6.1 ES UN ACTO INSTITUCIONAL.

El acto desleal atenta contra la institución jurídica de la libre competencia inherente a la economía social del mercado implantada por la constitución de 1991.

La libre competencia en este contexto esta llamada cumplir un papel social por lo que no se le puede seguir tomando como un simple instrumento para lograr los intereses individuales de los empresarios o comerciantes competidores.

En otras palabras, el ejercicio del derecho individual de la libre competencia encuentra su límite y exceso donde empieza la función social que debe cumplir dicho derecho en una sociedad competitiva de libre mercado.

En Colombia el ejercicio del derecho a la libre competencia con una finalidad social esta basada en dos aspectos:

1. La armonía de la Ley 256/96 respecto de los principios que orientan la libre competencia en el derecho continental europeo.
2. La subordinación a un fundamento constitucional múltiple y vinculante.

Con respecto al primero con la legislación antitrust se cambio totalmente el planteamiento de la legislación económica pues se establece el mantenimiento de un sistema competitivo de economía de mercado cuyo criterio fundamental no es ya la protección del empresario competidor sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado.

En cuanto al segundo hay que destacar que si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica están orientadas todas hacia una

función social art. 58 y 333 inc. 3 Constitución Política, hacia el bien común art. 95 numeral 1 y 2 Constitución Política, entonces mal puede la institución de la libre competencia económica convertirse en una categoría impermeable y alejada de las proyecciones de los principios sociales a los cuales ella se subordina.

6.2 SE TRATA DE UN ACTO DESLEAL.

En Colombia al igual que en el contexto internacional, la denominación desleal ha sido calificada como inexacta pues encierra un concepto más moral que jurídico, que con ella se hace referencia a la mala fe, o a actos fraudulentos tendientes a producir un resultado nocivo.

Por esta razón se considera más jurídico utilizar la palabra ilícita pues con esta se está indicando que es contraria a derecho.

El criterio utilizado para delimitar la competencia desleal se apoya en las buenas costumbres, en los usos honestos, y en el principio de la buena fe comercial.

Por leal se entiende lo que es verídico, fidedigno, pero estaría sujeto a circunstancias culturales, políticas e ideológicas.

Lo que la normativa reprime es la conducta incorrecta porque distorsionan el mercado, por lo que no se requiere la mala fe de su autor, ni el hecho de que se pruebe que esta conducta ha causado un perjuicio cierto.

La mala fe o el perjuicio serán normalmente relevantes para la eventual acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no para la cesación.

6.3 EL ACTO SE CALIFICA DE FORMA OBJETIVA.

En Colombia la competencia desleal se estructuraba fundamentalmente sobre el elemento subjetivo de la mala fe pues era pretexto sine quanun la presencia de la intención de causar daño.

Con la Ley 256/96 se destacó la necesidad de que la deslealtad del acto se califique objetivamente, esto es que se verifique simplemente que el acto se ha llevado a cabo con fines concurrenciales, es decir con la finalidad de promover o asegurar la expansión en el mercado de prestaciones propias o ajenas sin que exista otra condición.

La calificación objetiva de la deslealtad del acto esta determinada por la posibilidad del competidor de mantener o incrementar la

participación en el mercado a través del uso de prácticas ajenas a la competencia ejercida con lealtad.

En todo caso el beneficio que se desee o se obtenga, debe ser un beneficio de carácter mercantil, pues de otra manera, no se sancionaría como acto de competencia desleal sino como un delito, por ejemplo, difamación, injuria y hurto.

6.4 ES UN ACTO DE PELIGRO.

La Ley 256/96 al igual que la legislación europea no exige la producción necesaria de un daño efectivo para configurar el acto desleal. Según **Carlos Velásquez** “la Ley esta influida por cierta filosofía peligrosista ya que solo requiere la existencia del riesgo para que el acto sea reprobable”

La sola amenaza, la potencialidad o la mera posibilidad del daño es suficiente para que el acto sea censurado y atacado.

6.5 ES UN ACTO DE MERCADO.

Se refiere a cualquier actividad ejecutada por una persona competidora o no en un mercado y en un tiempo determinado para mantener o incrementar su participación.

Tradicionalmente en la doctrina colombiana se sostenía que todo acto, para que pudiera sancionarse por competencia desleal debía tener como requisito básico que fuera un acto de competencia.

En nuestro sistema legislativo Ley 256 Art. 3 Inc. 2 se establece que ya no es indispensable que en todo acto desleal se presente un situación efectiva o directa de competencia entre sus agentes, pues basta la deslealtad del acto y que se presente en la concurrencia al mercado para poner en marcha esta normatividad; así podrán presentarse actos de competencia desleal entre personas que no compitan entre si.

Seguimos así afirmando que nuestra legislación esta a la par con tendencias europeas que afirman que se habla de competencia desleal por inercia histórica, pues ahora no solo se reprime la competencia desleal, sino que se imponen normas de actuación

correcta a los simples actos de concurrencia de los agentes del mercado.

En síntesis, podría decirse que de la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado, así según la filosofía orientadora de la Ley 256/96 ya no hay que hablar de actos de competencia desleal, sino de actos desleales en el mercado.

7. SUPUESTOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Son variadas las formas que pueden presentar los actos desleales en el mercado, por esto son varios los autores que han intentado sistematizar estos actos como es el caso del autor francés **Paul Roubier** que en su obra los califica en: Medios de confusión con una casa competidora, medios para denigrar y criticar en exceso a una casa rival, medios de desorganización interna de una casa concurrente y medios de desorganización general del mercado.

Por su parte, el español **Alberto Bercovitz** que agrupa en tres categorías los supuestos enunciados en la Ley a saber: El conjunto de actos o comportamientos realizados para aprovecharse del esfuerzo de otros participantes en el mercado; los comportamientos o actos que constituyen ataques directos a otras empresas participantes en el mercado y los actos o comportamientos que inciden directamente en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado cumpliendo un funcionamiento correcto del mismo.

Existe una clasificación basada en las tres funciones que el modelo social del derecho de la competencia desleal asigna a la disciplina, estas son:

- Proteger el interés de los empresarios para que se les asegure la posición adquirida en el mercado.
- Proteger el interés del consumidor para que no se desvirtúe su capacidad de decisión.
- Proteger el interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial libre y no falseado.

Distinguiéndose así la deslealtad frente a los competidores, la deslealtad frente a los consumidores y la deslealtad de mercado.

8. ACTOS DESLEALES QUE AFECTAN EL INTERÉS PRIVADO DE LOS COMPETIDORES.

El significado de la palabra competidor en materia de competencia desleal se estructura en el hecho de concurrir al mercado para ofrecer un bien o servicio a los adquirientes, procurando que la demanda encuentre los productos requeridos para satisfacer sus necesidades, según **Perilla castro** “el concepto de competidor abarca a todo participante que abastezca el mercado, bien porque tiene la intención de competir por la clientela o bien porque simplemente concurre al mercado ocasionalmente”.

Entre los intereses que tienen los competidores cuando concurren al mercado se encuentran los siguientes:

1. El anhelo de que el producto o servicio que lleva al mercado sea adquirido.
2. El animo de lucro
3. El deseo de ejercer profesionalmente el comercio.
4. La esperanza de mantener una clientela estable.

Estos intereses son dignos de protección y por esto el nuevo régimen para la represión de competencia desleal esta comprometida en reprochar y sancionar las conductas que vulneren estos intereses.

Lo común en estos actos es que sean contrarios a criterios afines a la probidad comercial, es decir a las sanas costumbres mercantiles, buena fe comercial a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Dentro de estos actos están a su vez los consagrados en el Art. 9 de la Ley 256/96 es decir toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, esto se puede lograr a través de las siguientes modalidades:

8.1 ACTOS ENCAMINADOS A LA DESORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL COMPETIDOR

- Violación de secretos
- Sustracción de trabajadores de conocimiento del competidor
- Fomentar o suscitar conflictos laborales que afecten la actividad económica del competidor o entrabar su solución.
- Inducción a la ruptura contractual

- Restricción a la circulación de materias primas, productos terminados y servicios usados por un competidor
- Pactos desleales de exclusividad
- Entorpecer la distribución de los bienes y servicios de un competidor

8.2 ACTOS ENCAMINADOS A AFECTAR LOS MEDIOS DE CAPTACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA CLIENTELA.

- Explotación de la reputación ajena
- Actos de confusión
- Actos de engaño
- Actos de descrédito
- Actos de comparación
- Actos de imitación
- Lesión del derecho de propiedad industrial

Todos estos actos afectan los valores protegidos de libertad, igualdad en la participación, legalidad en la concurrencia, solidaridad en el desarrollo y la corrección en el tráfico; lo que se quiere es que los competidores participen en el mercado basados en su propio esfuerzo.

8.3 ACTOS QUE ATENTEN CONTRA EL INTERÉS COLECTIVO DE LOS CONSUMIDORES.

Estos intereses antes no eran objeto de protección, hoy es de gran interés que cuando el consumidor concurra al mercado pueda satisfacer sus necesidades de manera óptima, para esto requiere:

- Diferenciar los productos
- Enterarse sobre la calidad del producto
- Conocer el mercado

Aunque los actos de competencia desleal encaminados a desviar la clientela del competidor afectan también de forma indirecta al consumidor, es así como se pueden señalar ciertos casos que afectan los derechos e intereses de los consumidores como es el caso de:

- Publicidad desleal: la utilizada para difamar o denigrar la buena fama de un competidor; con fines comparativos. La utilizada con engaño o falsedad atrayendo al consumidor sobre la base de un error ej: rebajas de precios, falsas características de calidad.
- La basada en la manipulación del inconsciente humano haciendo que el consumidor opte por un producto o servicio determinado, también llamada publicidad subliminal.

- Ofrecimiento desleal de bonificaciones, primas y regalos: aumentar cantidad de producto y disminuir su calidad. Sorteos, rifas. Cuando esta sujeta a adquirir mayor cantidad del producto, reunir cierto número de empaques, tapas, etc.

En estos, el valor supremo protegido es el de la libertad de decisión de los consumidores, quienes son los principales protegidos cuando se ocasiona una desorganización del mercado en general. Estas modalidades de actos desleales están directamente relacionadas con técnicas de marketing –ventas agresivas-, colocando al consumidor en el compromiso moral de contratar, pues separan su elección de los criterios básicos de calidad y precio para que se concentre en aspectos irrelevantes como los ya señalados.

9. ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

En la primera cuando la acción se promueve tiene una finalidad preventiva para que cese el comportamiento indebido, en este caso el interés tutelado será un derecho subjetivo que tendrá como titular a la colectividad y en la segunda cuando el acto desleal ocasiona un perjuicio actual a un competidor la acción adquiere el carácter de amparar el derecho subjetivo de la víctima a ser indemnizada sin perder su carácter social pues protege la seguridad en el tráfico mercantil.

En las acciones que se derivan por competencia desleal son las conductas ejercidas de mala fe las encaminadas a obtener resultados favorables para el autor en detrimento de los competidores, ya sea porque desacredita sus productos, crea confusión entre la clientela o utiliza cualquier medio fraudulento, son catalogadas como actos de competencia desleal.

El artículo 33 de la Ley 256 de 1996, derogó los artículos 75,76 y 77 del Código de Comercio, normas que gobernaban aquella conducta. Esta nueva ley regula actualmente lo relativo a competencia desleal, cuyo artículo 1° preceptúa que uno de los objetivos consiste en

garantizar la libre y leal competencia económica de los comerciantes, mediante prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de los participantes en el mercado, conforme a la Ley 178 de 1994, que aprobó el convenio de Paris donde se protege la propiedad industrial, cuyo artículo 10 BIS contempla estos principios:

- a. Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales, una protección eficaz contra la competencia desleal.
- b. Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- c. En particular deberán prohibirse:
 - Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.
 - Las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.
 - Las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la

naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

En efecto, los lineamientos fundamentales de la precipitada Ley 256 se basan en la observación del principio de la buena fe comercial con respecto a todos los participantes en el mercado, considerando como competencia desleal a todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulta, contrario a las buenas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial y en detrimento de los usos honestos en esa materia.

El propio perjudicado tiene la facultad de ejercer las acciones declarativa y de condena, como también la preventiva o de prohibición, señaladas en el art. 20 de la ley. La declarativa tiene como fin una vez declarada judicialmente, detener los efectos nocivos de tales actos, así como la correspondiente indemnización de los perjuicios causados al demandante, mientras que la acción preventiva o de prohibición persigue que el juez evite la realización de una conducta desleal que esta en camino de perfeccionarse, o se haya producido daño alguno.

La acción de competencia desleal ha centrado su atención en la acción preventiva pues la doctrina ha considerado que la

competencia desleal basada en un hecho dañino debe modificarse por cuanto actualmente en esta es más importante la prevención del acto que la reparación del perjuicio causado.

Las acciones preventivas se estructuran sobre los siguientes presupuestos:

1. Como los actos desleales son generales continuos, ininterrumpidos y susceptibles de repetirse, la forma para evitar estos es hacerlos cesar.
2. Son dos los requisitos objetivos para la cesación del acto: Que exista una actuación desleal
El riesgo de que se repita.

En este caso presupuestos como el dolo, culpa, daño o perjuicio efectivo serían irrelevantes en este caso.

3. Es una sanción más rápida, evita efectos nocivos derivados de la duración del acto desleal.

Las acciones contra la competencia desleal prescriben en 2 años contados desde el momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto desleal y por el transcurso de 3

años contados desde el momento de la realización del acto desleal
art. 23 Ley 256/96.

10. PRESUPUESTOS PROCÉSALES DE LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

10.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se encuentra legitimada para interponer las acciones contra los actos desleales en el mercado cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten vulnerados o amenazados por actos desleales.

Las asociaciones o corporaciones gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros y las asociaciones que por estatutos tengan la finalidad de proteger al consumidor.

Al igual que el procurador general de la nación para accionar la defensa del interés que tiene el estado en mantener un adecuado funcionamiento de la libre competencia contra aquellos actos que afecten gravemente dicho interés público bien sea porque se afecte un sector económico en su totalidad o una parte sustancial del mismo de esta disposición contenida en el art. 21 se desprenden las siguientes legitimaciones activas:

- Legitimación privada: La tiene toda persona que participe o pueda participar en mercado, cuyos intereses económicos resulten vulnerados o amenazados por un acto de competencia desleal.

Esta es la legitimación tradicional según el modelo profesional de la competencia desleal, en la cual sólo competidores que resultaren perjudicados son los únicos que pueden ejercer las acciones por competencia desleal.

- Legitimación colectiva: Esta disciplina posee un carácter social lo que ha ocasionado la desprivatización de la legitimidad activa para ejercer las acciones correspondientes al reconocer y garantizar los intereses de los demás actores que concurren al mercado.
- Legitimación pública: La ley legitima al procurador general de la nación para accionar en defensa del interés que tiene el estado en mantener un adecuado funcionamiento de la libre competencia contra aquellos actos que afecten gravemente dicho interés público, bien sea porque se afecte un sector económico en su totalidad o una parte sustancial del mismo, el procurador se encuentra legitimado para accionar en las modalidades de conductas desleales consistentes en la violación de normas y en

todas las demás modalidades de actos desleales que afecten gravemente el interés público.

10.2 LEGITIMACIÓN PASIVA

El art. 22 Ley 256/96 establece que las acciones contempladas en el art. 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto desleal, y precisa que si estas conductas son realizadas por los trabajadores u otros colaboradores en ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, tales acciones deberán dirigirse contra el patrono.

Como parte pasiva los sujetos cuya conducta contribuya a la realización del acto desleal permite que las acciones puedan ser dirigidas contra los siguientes sujetos:

- Contra la persona que directamente haya realizado la conducta que pueda calificarse como desleal.

- Contra la que haya ordenado la ejecución del acto desleal situación en la que el acto no lo realiza el sujeto interesado sino otra que actúa según sus ordenes.

Contra la que haya cooperado en la realización del acto de competencia desleal, supuesto en el cual una persona que no es autora directa del acto desleal colabora en la realización del mismo.

11. MEDIDAS CAUTELARES QUE SE PUEDEN SOLICITAR FRENTE A LOS ACTOS DESLEALES

Las personas legitimadas pueden pedir al juez que con carácter urgente decrete las prácticas de diligencias preliminares para la comprobación de hechos que pueden constituir actos desleales.

Además, el juez puede ordenar como medidas cautelares la cesación provisional del acto, así como las demás medidas cautelares que resulten pertinentes según art. 568 del Código Comercio y los artículos 678 a 691 del C.P.C.

Entre las medidas cautelares se encuentran:

- Prestación de caución por parte del acusado para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado;
- El comiso y/o secuestro de los elementos o artículos utilizados para la realización de los actos desleales.
- Prohibición de hacer propaganda.

O cualquier otra medida equivalente a las anteriores además el C.P.C. señala:

- El embargo de bienes muebles sujetos a registro mejoran créditos, acciones y sumas de dinero depositadas en las entidades financieras.
- Inscripción de la demanda.

12. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

Según la Ley 446 de 1998 en concordancia con lo consagrado en el art. 116 de la Constitución Política, se asignaron funciones jurisdiccionales a prevención a la Superintendencia de Industria y Comercio, para conocer de las conductas constitutivas de competencia desleal con las mismas atribuciones legales señaladas en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

El art. 148 de la Ley 446/98 incluido en la parte IV referente al acceso a la justicia en materia comercial y financiera y más concretamente dentro del título VI que trata de la competencia y el procedimiento, es aplicable a todas las Superintendencias a las cuales la citada ley otorgo atribuciones jurisdiccionales señala que el procedimiento que deben utilizar las Superintendencias es el previsto en la parte primera, libro I del Código Contencioso Administrativo.

A través de la ley 446 de 1998² en concordancia con lo consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política, se asignaron funciones jurisdiccionales a prevención a la Superintendencia de Industria y Comercio, para conocer de las conductas constitutivas de competencia desleal con las mismas atribuciones legales señaladas en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

El artículo 148 de la ley 446 de 1998 incluido dentro de la parte IV referente al acceso a la justicia en materia comercial y financiera y más concretamente dentro del título VI que trata de la competencia y el procedimiento, es aplicable a todas las Superintendencias a las cuales la citada ley otorgó atribuciones jurisdiccionales, señala que, el procedimiento que deben utilizar las Superintendencias es el previsto en la parte primera, Libro I, del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Así, se tiene que las quejas o denuncias en materia de competencia desleal se tramitarán conforme a lo allí previsto.

² Ley 446 de 1998, artículo 143. Funciones sobre competencia desleal. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

El artículo 52 del decreto 2153 de 1992, determinó el procedimiento especial para las investigaciones sobre prácticas comerciales restrictivas, aplicable también a las investigaciones sobre competencia desleal, por remisión expresa de la ley 446 de 1998. En este sentido, si bien se han atribuido funciones jurisdiccionales a esta entidad, ello no significa que las actuaciones de la misma se hayan judicializado.³ La labor jurisdiccional ha sido definida como “la función pública de administrar justicia mediante un proceso.”⁴ “y consiste como lo ha señalado la Corte Constitucional en “la facultad de administrar justicia por parte de un órgano del Estado, con el fin de declarar o reconocer el derecho mediante la aplicación de la Constitución y la Ley”.⁵

De manera general, es el artículo 2341 del Código Civil, el que establece la obligación de indemnización en caso de haberse causado daño a terceros por incurrir en determinadas conductas proscritas por la ley. En efecto, este artículo establece que, a él que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es

³ En sentencia C-649 de 2001, la Corte Constitucional fue clara en reiterar el procedimiento aplicable en materia de investigaciones por competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pudiendo determinar la aplicabilidad del procedimiento establecido en el artículo 144 de la ley 446 de 1998 (que remite al artículo 52 del decreto 2153 de 1992) o el señalado en el artículo 148 de la ley 446 de 1998, que fue modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999.

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Editorial Profesional, 1999. Página 68.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037/96, magistrado ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Este es el fundamento normativo sustancial que permite generar una responsabilidad civil, con la consecuente indemnización de daños y perjuicios, tanto en competencia desleal como en prácticas comerciales restrictivas.

En concordancia con lo expuesto, y en materia exclusiva de competencia desleal el artículo 20 de la ley 256 de 1996, al referirse a la acción declarativa y de condena dentro del tema de competencia desleal establece que, a él afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente ley.

A su vez, el artículo 16 de la ley 446 de 1998, establece que, adentro de cualquier proceso se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá

los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

En complemento de lo anterior, el artículo 148 de la ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la ley 510 de 1999 párrafo tercero establece que, A en firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

A los anteriores aspectos se suman los inconvenientes que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar investigaciones en ciudades pequeñas y poblaciones donde no existen funcionarios de esta institución que emprendan oportuna y eficientemente el conocimiento de aquellas controversias.

Si el perjudicado persigue sólo la indemnización de perjuicios, aconsejamos demandar ante los jueces señalados en el precitado art. 20 de la Ley 256/96, tomando en cuenta los inconvenientes arriba mencionados. Tratándose de competencia judicial estos asuntos deben ser sometidos a los jueces especializados en derecho

comercial; no existiendo estos jueces, el procedimiento debe adelantarse ante los jueces civiles donde el demandado tenga el establecimiento comercial o donde habitualmente desarrolle los actos constitutivos de competencia desleal. Si el interesado persigue una sanción de carácter comercial contra el comerciante o el empresario infractor puede presentar la queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tomando en cuenta las facultades de este organismo.

13. JURISPRUDENCIA SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

La Corte Suprema de Justicia, en auto 078 de 6 de abril de 1995, en virtud de la vigencia de la Ley 178 de 1994, aprobatoria de el convenio de París para la protección de la propiedad industrial del 20 de marzo de 1883, con sus modificaciones y adiciones, que incluyó en el numeral 2° del artículo 1°, como objeto de la protección a la propiedad industrial, la represión de la competencia desleal, expresó que, desde entonces, lo que en el Código de Comercio eran dos instituciones reglamentadas en forma separada, fueron unificadas de tal manera que las normas destinadas a poner coto a la competencia desleal pasaron a formar parte de las que regulan la propiedad industrial, perspectiva desde la cual, entonces, aquellos funcionarios que son competentes para conocer de los litigios sobre esta última, pasan a serlo, también, respecto de las controversias sobre aquella, es decir, que el conocimiento de estos procesos corresponde a los jueces civiles del circuito de Santa fe de Bogotá, quienes ejercen al efecto competencia privativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, ha de precisarse ahora que a partir del 18 de enero de 1996, fecha en la cual fue promulgada la Ley 256 de 1996, por la cual

se dictan las normas sobre competencia desleal, la competencia por el factor territorial para conocer de procesos de esta índole, fue asignada, conforme a su artículo 25, al juez del lugar donde el demandando tenga su establecimiento, y a falta de éste su domicilio y, en el supuesto de que el demandado carezca de establecimiento y domicilio en el territorio nacional, será competente el juez de su residencia habitual. Además, ese fuero general ocurre, a elección del demandante con aquel del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal, y éste se ha realizado en el extranjero, el del lugar produzcan sus efectos.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Seccion primera

Sala de lo Contencioso Administrativo

Consejero ponente: Manuel S. Urueta Ayala

Referencia: expediente No. 7916

Actor: comunicación Celular Comcel S.A.

Tema: Superintendencia de Industria y Comercio Apelación de multas impuestas por Competencia desleal.

Normas demandadas:

Resoluciones 4954 de marzo 13/00

12835 de junio 13/00

16400 de julio 25/00

26031 de octubre 9/00

proferidas por la Superintendencia de industria y Comercio.

Consideraciones del Tribunal:

El Tribunal rechaza la demanda por considerar que las resoluciones no son actos administrativos sujetos a esta jurisdicción pues han sido proferidas en ejercicio de atribuciones jurisdiccionales que le otorgo la Ley 446/98 a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Argumentos del recurrente:

Este señala que el Tribunal incurre en grave error al considerar que la multa impuesta en los actos demandados hacen parte de las competencias jurisdiccionales que le asigno la Ley 446/98 en su articulo 143 a la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que las multas que se impongan según el resultado de las acciones también contemplan el grado de actos jurisdiccionales según la competencia asignada por el articulo 116 de la Constitución Política; por lo que afirma que no es cierto que las multas impuestas a Comcel S.A. tengan carácter judicial pues según los artículos 143 y 144 de la Ley 446/98 declarados constitucionales por la Corte Constitucional en sentencia c-649/2001 la SIC cumple dos funciones en relación a los actos constitutivos de competencia desleal y según esta la función

administrativa termina con la imposición de multas. Por lo que solicita la admisión de la demanda.

Consideraciones de la Sala.

Las resoluciones demandadas proferidas por la SIC se distinguen así:

- 4954 de marzo 13/2000. se declaro que el comportamiento realizado por Comcel S.A. es ilegal por contravenir lo previsto en el articulo 18 de la ley 256/96, por lo que ordeno el cese del mismo y la prohibición de volver a repetirla en el futuro y le impuso una multa de \$520.212.000 y concedido a la empresa de telecomunicaciones de Bogota S.A. E.S.P., a Orbitel y a Telecom como afectados por la conducta 15 dias para solicitar ante la misma SIC. La liquidación de los perjuicios correspondientes según parágrafo 3 art. 52 Ley 510/99.

- 12835 Junio 3/2000. se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 4954/00 en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

- 16400 de julio 25/00. adiciono el articulo 1 de la resolución 12835 en el sentido de incluir el siguiente texto: declárese improcedente

el recurso de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Las resoluciones demandadas las prohibió la S.I.C. dentro del proceso que este ente adelanta contra Comcel S.A. por denuncias de Orbitel S.A., Telecom y la E.T.B., bajo el cargo de que Comcel estaba ejecutando actos de competencia desleal al inobservar los artículos 8, 10 y 18 de la Ley 256/96 pues el demandado ofrecía servicios a los usuarios que les permitía comunicarse con cualquier parte del mundo y los denunciantes solicitaron como medida cautelar la cesación provisional del acto; los cargos por los que se investigo fueron: ventaja competitiva ilícita, art. 18 Ley 256/96; actos de desviación de clientela, art. 8 Ley 256/96; actos de confusión, art. 10 Ley 256/96.

Se concluyo que Comcel actuó contrariando los preceptos del art. 8 y 18 Ley 256/96.

La controversia de la alzada se centra en determinar el carácter jurídico de la decisión de imponerle a la actora la multa de \$520.212.000 por haber incurrido en conducta de competencia desleal.

Dicha medida es parte integrante de la primera resolución demandada y de la que confirma en virtud del recurso de reposición, y ambas fueron proferidas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dadas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

La Ley 446 de 1998 establece de manera expresa ese carácter jurisdiccional, si se tiene en cuenta que los artículos 143 y 144 en comento forman parte del título I de la parte IV de la misma, titulado “del ejercicio de funciones jurisdiccionales por la superintendencias”, luego tales consagran funciones y facultades de esa clase en cabeza de aquella entidad, en materia de competencia desleal. Además, toda la normativa de la Ley 446 de 1998 trata de la administración de justicia, esto es, de la función jurisdiccional, de suerte que la sola regulación de esas funciones y facultades de la mencionada entidad mediante dicha ley determina que las mismas tengan ese carácter jurídico y excluya cualquier otro carácter, en especial la de función administrativa.

La Corte Constitucional en sentencia C-649 de 2000, concluyó sobre el punto que el precepto constitucional que se relaciona directamente con el tema es el artículo 116, en virtud del cual “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será

permitido adelantar instrucción de sumarios ni juzgar delitos. La ley 446 de 1998, la meta principal del legislador fue desjudicializar el conocimiento de ciertas conductas, en el sentido de atribuir la competencia para pronunciarse sobre ellas, a entidades administrativas especializadas y, por ende, idóneas para tomar decisiones sobre asuntos particulares.

En cuanto al aspecto procesal, se debe atender que las aludidas acciones están señaladas como acciones judiciales por el artículo 29 de la Ley 256 de 1996, y si bien el trámite que deben seguir las superintendencias para decidir las es el previsto en la primera parte del Código Contencioso Administrativo en lo que concierne al derecho de petición en interés particular, según lo establece el artículo 148 de la ley 446 de 1998, incluso con la modificación que le introdujo el artículo 52 de la Ley 510 de 1999, se observa que dicho artículo señala que en lo no previsto en ese procedimiento se aplicarán las reglas del proceso verbal sumario consagrado en el Código de Procedimiento Civil, de modo que su regulación global es la de un proceso, y como tal, de carácter contencioso.

El artículo 20 de la Ley 256 de 1996 contempla dos acciones diferentes: declarativa y de condena y preventiva o de prohibición, la primera consistente en que se declare la ilegalidad de una actuación

y que se ordene al infractor cesar sus efectos e indemnizar los perjuicios que se causaron; la segunda, acción preventiva o de prohibición, que es la que tiene la persona que considere que puede resultar afectada por actos de competencia desleal para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal, aunque no se haya aún perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no haya producido daño alguno, son acciones de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en las atribuciones jurisdiccionales que le ha otorgado el legislador.

La Ley 256 de 1996 le asignó a los jueces para conocer de actos constitutivos de competencia desleal, fue establecida por el artículo 147 de la Ley 446 de 1998 como competencia a prevención de los jueces y de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que, frente al conocimiento de tales actos, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la rama judicial tienen competencia.

Cuando las conductas constitutivas de competencia desleal son denunciadas mediante la acción respectiva ante la Superintendencia de Industria y Comercio, este organismo no actúa como de ordinario, es decir, como órgano de control, inspección y vigilancia, sino que actúa de conformidad con las especiales atribuciones señaladas en los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, y por ende, sus

actuaciones, desde los puntos de vista antes expuestos, pertenecen a la misma órbita de decisión de los jueces. En consecuencia, las decisiones tomadas dentro de los procesos adelantados con fundamento en esas funciones y atribuciones tienen carácter idéntico a éstas, esto es, jurisdiccional, independientemente de su contenido, ya que por el principio de unidad que rige todo el ordenamiento jurídico, y que por ello opera en todos sus elementos e instituciones, el ejercicio de la función jurisdiccional sólo puede producir actos o decisiones jurisdiccionales, sean de trámite o definitivos, y en los procesos judiciales sólo se producen actos jurisdiccionales.

En el caso de la multa, se trata de una medida punitiva pecuniaria que por ello bien puede encontrarse prevista en los ordenamientos sancionatorios o punitivos, tanto administrativos como penales, de modo que, no hay razón para darle a esa medida un exclusivo carácter administrativo.

De acogerse la tesis de la actora, se llegaría a que la actuación surtida por la demandada para expedir los actos acusados es un proceso jurisdiccional y un procedimiento administrativo a la vez, siendo que ambos tienen principios y reglas distintas y que el proceso es uno solo para todos los efectos.

Los actos acusados son actos jurisdiccionales, de allí que la decisión de imponerle a la actora la multa en mención participa de ese mismo carácter jurisdiccional, toda vez que hace parte integral de ellos, en especial de la Resolución 4954 de 19 marzo de 2000, y su confirmatoria, amén de que se adoptó dentro del mismo procedimiento, por los mismos hechos o causas y fundamentos jurídicos que dieron lugar a las demás decisiones consignadas en esas resoluciones.

La imposibilidad de juzgamiento de los actos en cuestión por la jurisdicción contencioso administrativa, no significa que carezcan de control, toda vez que en cuanto constituyen el fallo del proceso, son pasibles del recurso de apelación según lo señala el artículo 52, inciso tercero, de la Ley 510 de 1999, modificatorio del artículo 149 de la Ley 446 de 1998, y lo explicó la Corte Constitucional en sentencia de 28 de mayo de 2002, C- 415, M.P. Eduardo Montealegre Lynet, al decir que los jueces llamados a tramitar los recursos de apelación contra los actos como los del sub lite son los superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por las superintendencias en el asunto, y que “En este sentido, si fuera el caso que una de esas entidades administrativas tiene competencias a prevención con un juez civil del circuito por ejemplo, quien deberá tramitar el recurso de apelación interpuesto contra una de sus

decisiones en los términos señalados por la ley, será el superior jerárquico del juez con el que comparte la competencia”.

Confirmase el auto de 7 de febrero de 2002, proferido en este asunto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme esta providencia, regrese el expediente al tribunal de origen. Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 28 de noviembre de 2002.

En los actos acusados se adoptaron diferentes clases de decisiones:

- a. Declaración de ilegalidad de una conducta calificada como de competencia desleal.
- b. Orden de cesación de dicha conducta.
- c. Término para que las denunciantes liquidarán los perjuicios causados con la comisión de la conducta.
- d. Imposición de multa por haber incurrido en conducta calificada como de competencia desleal.

Para negar el recurso de apelación interpuesto contra el acto de decidió la investigación a fin de agotar la vía gubernativa, la Superintendencia de Industria y Comercio adujo que las resoluciones demandadas fueron expedidas en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le otorgó la Ley 446 de 1998, y que en torno a la debida interpretación jurídica del parágrafo 3° del artículo 148 de dicha ley, modificado por el artículo 52 de la 510 de 1999, lo correcto es concluir que contra las decisiones que profieran las superintendencias en virtud de tal ordenamiento, no cabe recurso alguno ante las autoridades judiciales, aspecto que hay fue clarificado en sentencia C-415 de 2002 de la Corte Constitucional, pero que no corresponde juzgar dentro de este proceso.

La ley 446 de 1998, al otorgar funciones jurisdiccionales a algunas superintendencias, pretendió descongestionar los despachos judiciales. Sin embargo, tal atribución de funciones judiciales a organismos administrativos debe interpretarse como un ejercicio excepcional, pues “traslada a una autoridad administrativa decisiones a cargo de los jueces, no siendo éstas de las relacionadas con la investigación y juzgamiento de delitos, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116, inciso 3°, de la Constitución Política.

Si bien es connatural a la actividad de las superintendencias, como parte integrante de la rama ejecutiva del poder público (L. 489/ 98, art. 38) la expedición de decisiones de índole administrativa como entes que ejercen las funciones de vigilancia, inspección y control de las entidades vigiladas, no lo es menos que acorde con el artículo 116 de la Constitución Política, pueden ser dotadas por el legislador de precisas funciones de carácter jurisdiccional.

Y fue este el objetivo de la expedición por el Congreso de la República de la Ley 446 de 1998 con el fin de descongestionar el trabajo de los jueces mediante la adscripción de atribuciones judiciales, entre otras, a la Superintendencia de Industria y Comercio para que esta entidad pudiera conocer y decidir los asuntos en materia de competencia desleal.

Sobre el carácter de jurisdiccional del desempeño por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de las atribuciones a que se refieren los artículos 143 y 144 Ley 446/98, la Corte Constitucional en sentencia C- 649 de 2000, luego de aplicar varios métodos de interpretación: aproximación literal, aproximación histórica, aproximación acorde con la Constitución Política, concluyó que como el precepto constitucional que se relaciona directamente con el tema es el artículo 116, en virtud del cual “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas

autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar instrucción de sumarios ni juzgar delitos” y que, tal como se lee en las intervenciones efectuadas durante el debate legislativo de la Ley 446 de 1998, la meta principal del legislador fue desjudicializar el conocimiento de ciertas conductas, en el sentido de atribuir la competencia para pronunciarse sobre ellas, a entidades administrativas especializadas y, por ende, idóneas para tomar decisiones sobre asuntos particulares.

Debió hacerse una interpretación de manera restrictiva de las atribuciones de naturaleza jurisdiccional que se han encargado a la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Ley 510 de 1999 modificó el artículo 149 de la Ley 446 de 1998, indicando el procedimiento que deben utilizar las superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata dicha ley, regulación que, a juicio de la Corte Constitucional, de manera antitécnica, resulta una atribución por parte del legislador de funciones jurisdiccionales no sólo a las superintendencias bancaria y de valores, sino, igualmente, a la de industria y comercio.

Es así como la competencia que había señalado de manera clara la Ley 256 de 1996 en cabeza de los jueces para conocer de actos

constitutivos de competencia desleal, luego fue regulada en el artículo 147 de la Ley 446 de 1998 como competencia a prevención de los jueces y de la Superintendencia de Industria y Comercio como la rama judicial tienen competencia.

El artículo 20 de la Ley 256 de 1996 contempla dos acciones diferentes: declarativa y de condena y preventiva y o de prohibición, la primera consistente en que se declare la ilegalidad de una actuación y que se ordene al infractor cesar sus efectos e indemnizar los perjuicios que se causaron, corresponde a la pretensión que se puede formular ante un juez de la República; y la segunda, acción preventiva o de prohibición, que es la que tiene la persona que piense que puede resultar afectada por actos de competencia desleal para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal, aunque no se haya aún perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no haya producido daño alguno, son acciones de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en atribuciones jurisdiccionales que le ha otorgado el legislador.

Diferente resulta entonces el caso del ejercicio de otras facultades consistentes en la imposición de sanciones pecuniarias y de multas que autoriza el artículo 4º, numerales 15 y 16, del Decreto 2153 de 1992; el mantenimiento del registro y la decisión de abstenerse de

tramitar quejas que no sean significativas o la de dar por terminada una investigación si se otorgan garantías de suspensión o de modificación de la conducta investigada, que si son actuaciones de índole administrativa y que, por ser adoptadas dentro de dicho ámbito, son actos administrativos, controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del ejercicio de las respectivas acciones consagradas en el Código Contencioso Administrativo.

La Superintendencia de Industria y Comercio encontró probadas las faltas descritas en los artículos 8° y 18 de la Ley 256 de 1996, que describen, en su orden, la conducta consistente en actos de desviación de la clientela y la de violación de normas.

La Superintendencia de Industria y Comercio en las resoluciones a que se ha hecho referencia: a) Ordenó la suspensión de la conducta denunciada, y b) concedió a las denunciantes el término de quince días para la liquidación de perjuicios, de conformidad con lo que señala el artículo 52 de la Ley 510 de 1999, para lo cual deberá seguir el trámite incidental previsto en el Código de Procedimiento Civil, decisiones de índole jurisdiccional.

La imposición de multa, que también se determinó en las resoluciones demandadas, aunque tuvo como causa igualmente la

comisión de conductas calificadas como de competencia desleal, resulta ser una decisión típicamente administrativa, pues, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia que revisó la constitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, las funciones jurisdiccionales que se atribuyeron mediante la norma legal a la Superintendencia de Industria y Comercio son las que venían siendo de conocimiento de los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, pero de dicha atribución de funciones jurisdiccionales a la entidad administrativa "se excluyen atribuciones tales como las de imponer multas y sanciones pecuniarias establecidas en el Decreto 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a quejas que no sean significativas o llevar registros".

La jurisdicción de lo contencioso administrativo debió admitir la demanda en cuanto a las decisiones que constituyen actos administrativos, así las mismas se hubieran adoptado dentro de una misma resolución en donde la Superintendencia de Industria y Comercio desplegó sus atribuciones jurisdiccionales, aspecto este, incluso, que debió estudiarse de fondo para decidir si en tales eventos toda la actuación resulta o no válida por no haberse realizado en resoluciones diferentes y con la participación de funcionarios distintos, indicando desde un comienzo al administrado

frente a qué clase de funciones se encuentra: las jurisdiccionales o las administrativas.

CONCLUSIONES

A partir del nuevo estatuto para la represión de los actos desleales en el mercado colombiano, en el país ha quedado consolidada la concepción en virtud de la cual la regulación de la competencia desleal protege un trío de intereses: el de los empresarios, el de los consumidores y el del mantenimiento del orden público económico por parte del Estado.

En consecuencia, deja de concebir la competencia desleal como una institución exclusivamente dirigida a dirimir los conflictos entre empresarios competidores, para convertirla en un instrumento de ordenación y control de las conductas de los agentes que actúan en el mercado.

En la doctrina colombiana se venía sosteniendo que todo acto, para que pudiera ser sancionado por competencia desleal, debía reunir dos presupuestos básicos: que fuera un acto de competencia.

La ley 256 de 1996 introduce un cambio radical en esta concepción, no es apropiado seguir designándola como actos de competencia desleal sino de actos desleales en el mercado.

Esta diferenciación, está apoyada en fundamentales criterios ontológicos constitucionales que hacen imperiosa la exigencia de proteger por igual al lado de los intereses de los empresarios competidores los de los consumidores y el del Estado, intereses estos que también concurren en el funcionamiento del mercado.

Ya no es indispensable que en todo acto desleal en el mercado se presente una situación efectiva de competencia entre sus agentes, pues basta que el acto sea simplemente desleal para poner en marcha esta normatividad.

Típica los supuestos de actos desleales con base en una cláusula general que tiene en cuenta no solamente la vulneración de criterios tales como el obrar conforme a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, sino además la vulneración de la libertad de decisión del consumidor y del interés estatal por mantener el funcionamiento competitivo del mercado.

De este modo la legislación colombiana se enmarca dentro de esta tendencia, ya que en los eventos en que es posible la directa represión penal de algunos de los actos desleales en el mercado se

originan en la tradición de proteger penalmente los derechos subjetivos absolutos del empresario, tales como las propiedad industrial y el libre desarrollo de la actividad económica, o indirectamente como consecuencia del interés que tienen el Estado de proteger la autoridad y la eficacia de las decisiones judiciales, pero no por una política criminal firme y consciente dirigida en sí a la represión penal de los actos desleales en el mercado.

La legitimación activa, buscando la eficacia procesal en

la represión de los actos desleales, introduce normas ágiles que al lado de la tradicional legitimación privada del empresario competidor perjudicado otorgan también una legitimación colectiva a las asociaciones profesionales, gremiales y de consumidores, y una legitimación pública concedida al Estado para garantizar el funcionamiento adecuado de un mercado competitivo.

La legitimación que la ley le otorga al consumidor se hace sin perjuicio de la legitimación que se les reconoce en las normas de protección al consumidor.

La legitimación pasiva, amplía el campo de aplicación sancionadora de la norma porque ahora sólo se requiere que el acto desleal se realice en el mercado, y que tenga por finalidad promover o asegurar la expansión en el mismo de las prestaciones propias o de un tercero, no siendo necesario que los sujetos involucrados en el acto, sean exclusivamente comerciantes, competidores, teniendo aplicación así la ley sobre otros sectores del mercado, razón por la cual no es necesaria la exigencia de que entre ellos medie una relación de competencia.

Para juzgar y sancionar los actos desleales en el mercado la nueva legislación atribuye de manera exclusiva esta función a los Jueces Especializados en Derecho Comercial y en su defecto a los Jueces Civiles del Circuito, razón por la cual a partir de la vigencia de la Ley 256 de 1996 a todo órgano administrativo (Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Industria y Comercio, Dirección General Marítima, etc) no se atribuye competencia para juzgar y sancionar los actos desleales en el mercado colombiano.

Sin embargo, existe el debate para establecer los alcances de estos órganos administrativos en cuanto a su función policiva y su relación con la represión preventiva de los actos desleales en el mercado.

Por lo que la intervención estatal legitima los órganos administrativos en su papel de policía administrativa para intervenir preventivamente en la configuración de los actos desleales.

Con respecto a las jurisprudencias se concluye que:

- a. La jurisprudencia del Consejo de Estado sobresale por utilizar criterios eminentemente formalistas al momento de definir el contenido y los límites de la competencia desleal.
- b. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia presenta, en un mismo año, dos visiones de la competencia desleal que corresponde a dos de las épocas claramente superadas en la evolución de esta materia.

En el auto de abril de 1995 concibe la competencia desleal tal cual se entendía hasta finales del siglo pasado – época del modelo paleoliberal – es decir, como una problemática exclusivamente ligada a la violación del derecho subjetivo y absoluto de la propiedad industrial; mientras que en la sentencia de septiembre de 1995 recoge algunas de las nuevas tendencias que sobre la competencia desleal se vienen desarrollando en el derecho comparado, aunque sigue centralizando el problema de la competencia desleal en el

conflicto que se presenta exclusivamente entre los intereses de los comerciantes competidores.

La legislación colombiana sobre actos desleales en el mercado introduce los desarrollos legislativos y doctrinales existentes en las legislaciones foráneas, resaltándose la protección a través de esta normatividad de los intereses de los consumidores y del Estado.

Esta normatividad puede verse limitada en su aplicación y alcances en razón a la ausencia de una interpretación sistemática y coherente por parte de los órganos jurisdiccionales, por ello es oportuno que los altos organismos de la rama jurisdiccional tengan sumo cuidado al fallar sobre este material.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID SIERRA, Juan José. GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. El derecho de competencia.
- Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Derecho de la competencia. Biblioteca Jurídica Dike. Octubre 2003.
- Código de Comercio de Colombia.
- Constitución Política 1991.
- GACHARNA, María Consuelo. La Competencia desleal. Editorial Temis.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al derecho mercantil. Ediciones Librería del Profesional.
- Página Web Superintendencia de Industria y Comercio.
- VELILLA, Marco Antonio. El derecho de la competencia.