

**ANÁLISIS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS ACCIONES POR
COMPETENCIA DESLEAL**

ANDRÉS URIBE HENAO

**UNIVERSIDAD PONTIFICA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2014

**ANÁLISIS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS ACCIONES POR
COMPETENCIA DESLEAL**

Por

ANDRÉS URIBE HENAO

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor

NÉSTOR RAÚL LONDOÑO SEPÚLVEDA

Abogado Máster en Derecho de los Negocios

UNIVERSIDAD PONTIFICA BOLIVARIANA

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2014

Medellín, 1 de Septiembre de 2014

Andrés Uribe Henao

Declaro que esta tesis no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

Dedicatoria

A la memoria de mis Abuelos por su eterna dedicación y amor

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Néstor Raúl Londoño por su servicio y atención para que el presente trabajo sea una realidad.

A Dios y Mi Familia

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	13
INTRODUCCIÓN	14
CAPITULO 1	16
LOS FUNDAMENTOS MERCANTILES EN LA LEY 256 DE 1996	16
LOS ACTOS POR COMPETENCIA DESLEAL	21
CAPITULO III	38
LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL	38
3.1. La naturaleza constitucional y legal de las acciones de competencia desleal.	38
3.2. Los antecedentes históricos del proceso y los tipos de acciones por competencia desleal en Colombia.	42
3.3. La tipología de las acciones por competencia desleal	47
3.4. Los procedimientos en el ordenamiento jurídico colombiano	53
3.5. Las jurisdicciones que conocen las acciones por competencia desleal	55
3.6 Recurso de casación en los procesos por competencia desleal;Error! Marcador no definido.	
3.7. Las acciones por competencia desleal en el código general del proceso	59
CAPITULO IV	63
LOS SUJETOS PROCESALES EN LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL	63
4.1. Los presupuestos para adquirir la calidad de sujeto procesal en las acciones por competencia desleal	63
4.2. Presupuestos de aplicación de las acciones por competencia desleal	67

4.3. Análisis de las calidades de un tercero ajeno a la relación comercial que pueda fungir como sujeto pasivo dentro de las acciones por competencia desleal.....	72
4.3.1. Medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal	73
4.3.2. Medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente	76
4.3.3. Medidas cautelares de trámite ordinario	77
4.3.4. La mutabilidad de las medidas cautelares en las acciones por competencia desleal.	78
4.3.5. Efectos extensivos de las medidas cautelares a terceros dentro de los procesos por competencia desleal.....	79
CONCLUSIONES.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	91

RESUMEN

Las acciones por competencia desleal pretenden velar por el cumplimiento de los fines constitucionales, legales y económicos, en cuanto a la concurrencia sana, imparcial y competitiva por parte de los agentes económicos, que concurren en el mercado ofreciendo un bien o servicio específico en el mercado.

De tal modo, los comerciantes, asociaciones como corporaciones gremiales y ministerio público, tienen la potestad de ejercer las diversas acciones por competencia desleal, ya sea indemnizatoria o preventiva, lo cual permite vislumbrar el interés protector del legislador de tipificar todas aquellas conductas que pueden generar un perjuicio económico o la cesación de todos los efectos de los actos lesivos que vulneran un sector económico en general o a una parte sustancial del mismo, bajo la interposición de las acciones indemnizatorias o preventivas como medidas cautelares correspondientes, en pos de los fines constitucionales y económicos que orientan las conductas de los agentes económicos.

PALABRAS CLAVE: Legislación Comercial, Legislación Procesal, Ley 256 De 1996, Acción Preventiva, Acción Indemnizatoria, Medidas Cautelares.

INTRODUCCIÓN

Ponerse en la tarea de desarrollar un escrito sobre el régimen de las acciones por competencia desleal en el marco normativo colombiano, puede significar una tarea ardua y consistente, en la medida en que el desenvolvimiento de un proyecto como estos se pueden generar grandes cuestiones intelectivas dada la complejidad del tema, que gira en torno a una parte del derecho, la cual es apreciada por pocos bajo el epicentro filosófico y valorativo de considerar que el Derecho posee una esencia como alma, la cual erige un requisito sine quanon para obtener los fines como funciones del mismo en pos de un intereses general social.

Con base en lo anterior, se expresa la importancia de este proyecto consistente en delimitar el marco general de las acciones por competencia desleal, que se implementa en el ordenamiento jurídico colombiano y la evolución e influencia que ha tenido en las conductas de los agentes que participan en un mercado, lo cual sirve para concluir y ofrecer un clara certeza sobre la evolución y aplicación de la ley 256 de 1996 que rige estas controversias en Colombia, así como, delimitando si esta se acomoda a las necesidades actuales que giran en torno a este tema en el día a día o, por el contrario, se le debe dar un enfoque adicional, complementario o diferente al desarrollo, finalidad y estructura de las acciones por competencia desleal.

La realización de un proyecto relacionado acompañado de aspectos procesales como sustanciales, y más con este tipo de acciones, puede tener un notable asidero normativo, en la medida en que gracias al temario procesal por desarrollar, se genera algo curioso e inquietante en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual consiste en la modificación sustancial de una materia partiendo de los supuestos fácticos y procedimentales establecidos por el proceso, y no viceversa, el cual acaece con otros tipos de controversias jurídicas que se regulan en el plexo normativo colombiano.

Dicho proyecto se pretende abordar, partiendo de los antecedentes históricos y evolutivos que surgen sobre el desarrollo de las acciones por competencia desleal en nuestro país, así como los antecedentes que llevan a inspirar dicha normatividad, hasta llegar al plano general actual que se vive en nuestro país dentro del tema.

Por ende, el objetivo del presente documento reside en la relevancia normativa de las acciones de competencia desleal y las modificaciones que estas obligan a implementar al legislador por conducto de las múltiples codificaciones jurídicas y, para poder ejercer de forma correcta como eficiente el derecho sustancial del presente temario, toda vez que el desarrollo procesal en la competencia desleal, ha sido crucial y relevante para los fines que competen a esta materia y tedioso como poco explorado, con base en que si se analiza desde un ángulo superficial, solo se hará topar al jurista con una serie de procedimientos que se limitan a las normas nacionales y supranacionales que regulan el temario en mención.

CAPITULO 1

LOS FUNDAMENTOS MERCANTILES EN LA LEY 256 DE 1996

Conforme a lo dispuesto en la ley 256 de 1996, se considera competencia desleal “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 o comercial, o bien cuando esté encaminada afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Ahora bien, la buena fe comercial erige un fundamento filosófico y normativo en materia mercantil que sustenta la Ley 256 de 1996 , no define la buena fe comercial, como quiera que se trata de un principio general de derecho, el cual tiene aplicación directa en materia mercantil donde la honorable Corte Constitucional en sentencia de tutela señaló que “por buena fe comercial pueden entenderse los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones" (Corte Constitucional, 1992).

En este orden de ideas, el principio de buena fe comercial contenido en el artículo 7 de la ley 256 de 1996, según Kovaks (2005) debe ser entendido dentro del contexto de que “todos los comerciantes y demás participantes en el mercado deben actuar de acuerdo a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones” (Kovaks 2005, p 54).

Por otro lado, existen las sanas costumbres mercantiles o usos honestos industriales y comerciales, los cuales se remiten y nutren La ley 256 de 1996, estimando en su artículo 8° que se considera desleal “toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”

Al igual que el principio de buena fe comercial, la ley 256 de 1996 no define los conceptos de sanas costumbre mercantiles o usos honestos industriales y comerciales, por ende, para comprender estos preceptos “se hace necesario asimilarlos a la moral en el sentido de la conducta moral exigible en el normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1994).

En este orden de ideas, cuando la Ley 256 de 1996 hace referencia a sanas costumbres mercantiles o usos honestos industriales o comerciales debe entenderse como “aquellos principios morales y éticos que deben guardar los comerciantes y demás participantes en el mercado. Los comerciantes al igual que los demás participantes en el mercado para no incurrir en conductas contrarias a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos industriales o comerciales deben actuar con buena fe, transparencia y lealtad en el normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva” (Congreso de la Republica, 1996).

El respeto de las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales provienen de la obligación que le impone el código de comercio a los

comerciantes y demás personas que participan en el mercado de abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal. Por lo tanto, están en el deber de no ejecutar comportamientos inmorales o deshonestos que afecten a los competidores o a los consumidores.

En virtud de lo anterior, al referirse el artículo 8 de la ley 256 de 1996, las sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial y comercial, está señalando que los comerciantes y demás participantes en el mercado deben ceñir su conducta a actos morales, éticos, leales y honestos que permitan una competencia transparente y bien vista por todos los que conforman la actividad.

Ahora bien, para efectos de probar la sana costumbre mercantil o los usos honestos industriales o comerciales, por tratarse de principios morales y éticos y de comportamientos transparentes y leales en la actividad competitiva, la Ley 256 de 1996, no los somete a ningún medio probatorio determinado o exacto para su demostración, es suficiente que la conducta sea deshonesto o ilegal para afirmar que la misma es contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos industriales o comerciales.

En cuanto a la costumbre mercantil, el Decreto 410 de 1971 en el artículo 3° señala que la costumbre mercantil tendrá “fuerza de ley comercial, cuando sea uniforme, pública, reiterada, tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad y no sea contraria a la ley y al orden público” (Presidencia de la Republica de Colombia, 1971)

La costumbre mercantil se probará conforme a lo dispuesto en el Decreto 1400 de 1970, esto es, con documentos auténticos, testimonios de mínimo 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos para ser tenida como tal, copia auténtica de 2 decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, que deben haber sido proferidas dentro de los 5 años anteriores a su alegación, o certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija.

En este orden de ideas y atendiendo al concepto expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio por conducto del Concepto 01086015 del 2001, expresa que “un comerciante o participante en el mercado está incurriendo en actos de competencia desleal, actuando en contrario a determinada costumbre mercantil, se haría necesario probar su existencia de conformidad con lo establecido en el código de procedimiento civil, puesto que, de probarse la existencia de la costumbre esta tendría fuerza de ley. Asimismo, el fundamento para la sanción sería la vulneración de la costumbre mercantil que rige en determinado mercado, como categoría legal y fuente de derecho”.

Según lo anterior, la conducta del agente económico sancionado por actos de competencia desleal por haber violado una costumbre mercantil, caracterizable por ser deshonesto e ilegal, y por consiguiente, contraria a las sanas costumbres mercantiles que se relacionen con la actividad competitiva.

Igualmente, se puede observar disimilitudes entre las sanas costumbres mercantiles y costumbre mercantil, en principio, se vislumbra que las sanas costumbres mercantiles no requieren de prueba de su existencia, para el legislador es suficiente que el acto sea contrario a las normas rectoras que orientan los aspectos morales y éticos para delimitar la transgresión correspondiente.

En cambio, la costumbre mercantil tiene asidero probatorio mediante documentos auténticos, testimonios de mínimo 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos para ser tenida como tal, y copia auténtica de 2 decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, que deben haber sido proferidas dentro de los 5 años anteriores a su alegación, o certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija, tal y como, lo expresa el Decreto 1400 de 1970.

En igual orden, las sanas costumbres mercantiles se encuentran relacionadas con los principios morales y éticos de los agentes económicos que participan en el mercado ofreciendo un bien o servicio respectivo. A comparación de la costumbre mercantil, la cual se corresponde a los actos uniformes, reiterativos, públicos y que no sean contrarios a la ley, que orienten las conductas de los agentes económicos en una respectiva zona geográfica.

CAPITULO II

LOS ACTOS POR COMPETENCIA DESLEAL

La Ley 256 de 1996 se encarga de regular la competencia desleal, pretendiendo garantizar los derechos de los agentes económicos en condiciones de igualdad y sana competencia, buscando asegurar el funcionamiento eficiente del sistema competitivo de economía del mercado y la del público en general.

Indistintamente, la protección contra la competencia desleal no solo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público a que el sistema competitivo funcione. Otro interés involucrado, es de la protección a los consumidores ya que se debe reconocer la legitimación activa de éstos, para el ejercicio de las acciones de competencia desleal.

Así mismo, en los artículos 8 a 19 de la misma ley, se tipifican como actos constitutivos de competencia desleal, las conductas más comunes como son: desviación de la clientela, desorganización de la empresa, actos de confusión, actos de engaño, actos de descrédito, actos de comparación, actos de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y pactos desleales de exclusividad.

En la actualidad, se considera que la regulación contra la competencia desleal tiene por objeto la protección de intereses diversos, la de todos los que participan en el mercado, empresarios y consumidores, además de proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando que se vea distorsionado por actuaciones incorrectas.

Según Mantilla (1982) la regulación legal no trata de proteger al competidor directo, sino también a los consumidores y al propio funcionamiento correcto del sistema competitivo. “Para que la deslealtad exista basta que la actuación en cuestión sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes en el mercado, por ejemplo, a los consumidores, o pueda distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo; la competencia desleal sería entonces, la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado” (Mantilla 1982, p. 231).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-191 de 1999, ha expresado que en referencia a la justificación y existencia de las acciones que poseen los consumidores o agentes económicos que participan en un mercado respectivo, tales acciones se fundamentan en que “la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; la importancia de mercados libres, competitivos y

transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente” (Corte Constitucional, 1999).

En adición, la Ley 256 de 1996, garantiza los derechos de los agentes económicos en términos de ecuanimidad e igualdad en pos de asegurar un funcionamiento eficiente del sistema competitivo de economía del mercado e interés general de la sociedad.

La protección contra la competencia desleal no solo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público a que el sistema competitivo funcione de manera adecuada y eficiente teniendo en cuenta los principios constitucionales y económicos que regulan las conductas de los agentes económicos.

Por lo que sigue, los actos de competencia desleal se enmarcan a partir de: (i) Acto desleal de confusión; (ii) Acto desleal de engaño; (iii) Acto desleal de descrédito; (iv) Actos desleal de desorganización; (v) Acto de deslealtad por violación de normas; (vi) Actos desleales de imitación y otros.

El acto desleal de confusión parte del supuesto de confusión contenido en el artículo 10º de la Ley 256 de 1996, el cual delimita el alcance jurídico de deslealtad donde se deja entrever que la deslealtad por confusión emana en el error acerca de la procedencia empresarial de los productos que ofrece un determinado agente económico o empresario en el mercado.

De manera análoga, la legislación peruana, tipifica en el artículo 8° del Decreto Ley 26122 como acto de competencia desleal “toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento de un competidor” (Congreso de la Republica de Perú, 2011).

Para efectos de establecer la deslealtad de esta práctica es necesario determinar si hay riesgo de confusión en los consumidores respecto “a la procedencia del producto, el establecimiento o la prestación” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual, 1998).

Existen dos causas principales que, en principio, producen el riesgo de confusión: (i) El consumidor puede atribuir erróneamente a un agente económico los productos producidos por otro agente que ostente dicha calidad, bien porque por el extremo parecido entre los signos confunde uno con otro, bien porque aun diferenciando claramente las marcas, cree que ambas pertenecen a un mismo empresario.

En el primer caso estaremos ante el llamado “riesgo de confusión directo”; en el segundo frente al “riesgo de confusión indirecto”.

Por lo cual, para determinar si se ha producido un acto de confusión (directo o indirecto) debe observarse, entre otros puntos: (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución); (ii) El nivel

de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios; (iii) El grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación; y (iv) El grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación.

El riesgo de confusión, ya sea directo o indirecto, se evalúa atendiendo “a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta la presentación, el aspecto general de los productos o las prestaciones materia de evaluación” (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la propiedad Intelectual, 1998).

La Superintendencia de Industria y Comercio por conducto de la Resolución 10030 del diez de mayo de 2004, dictaminó que el artículo 10 de la Ley 256 de 1996, se encuentra en concordancia con el numeral 3° del artículo 10 de la ley en mención con el Convenio de París, el cual “... deberán prohibirse: (i) Cualquier acto capaz de crear una confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial comercial de un competidor”. Así las cosas, las causales previstas por el régimen de competencia desleal colombiano como constitutivas de competencia desleal por confusión son las siguientes:

(i) Cualquier acto capaz de crear confusión, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor; (ii) Toda conducta que tenga por objeto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos;

(iii) Toda conducta que tenga como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

De esta forma, el artículo 10 de la Ley 256 de 1996, en concordancia con el punto 1 del numeral 3 del artículo 1° del Convenio de París y con el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, sanciona tanto las actuaciones que intencionalmente se realizan para crear confusión como la confusión creada y la posibilidad de que la confusión se presente, lo cual ha sido denominado por la doctrina como “el riesgo o peligro de confusión, o confundibilidad”.

Un acto es capaz de crear confusión, cuando la conducta desarrollada por el actor es apta, tiene las cualidades o puede producir en los receptores de la misma una mezcla de identidades (confusión en sentido estricto), o cuando puede llevar a dichos receptores a considerar que entre la persona que realiza el acto y otra empresa o establecimiento existe una vinculación o una relación comercial que lleve al consumidor a pensar que los productos, servicios o marcas de quien genera la confusión son hechos o se encuentra bajo la responsabilidad de la persona o sociedad con la cual la confusión se genera (confusión en sentido amplio).

La no exigencia de la confusión, sino el riesgo de que esta se presente, encuentra su fundamento en el doble carácter sancionador y preventivo de la competencia desleal, el cual se refleja en la descripción de las conductas descalificables y en la consagración en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 de acciones preventivas y de prohibición que permiten a

quien piense que puede ser afectado por la conducta actuar contra actos que aún no han producido perjuicios, e inclusive, contra actos que aún no se han perfeccionado.

En otro orden de ideas, el acto desleal de engaño, igualmente, surge del artículo 10° de la Ley 256 de 1996 donde el presente supuesta posee una relación directa con los actos desleales de confusión, porque tienen como elemento en común el error ya sea vía activa u omisiva.

Así las cosas, se sanciona al error sobre el objeto económico, es decir, sobre los productos ya sean bienes o servicios. La verdadera afectación del engaño consiste en crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado y que para esto, se dependa de las fidelidades generadas a la marca empresarial o económica”.

El acto desleal de engaño ha sido objeto de pronunciación por parte de la jurisprudencia constitucional, la cual consiste en inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, el respectivo acto de engaño, hace parte del derecho a la libertad de empresa, al cual se refiere la Constitución con las expresiones “libertad económica”, “actividad económica libre” o “libre iniciativa privada” (Corte Constitucional 1997).

Según Vergez (1991) en el derecho comparado, el acto desleal de engaño es considerado como “aquel acto de competencia desleal donde se brinda una utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de

práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance, respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas ofrecidas por los productos o prestaciones.

Asimismo, se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza, que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

El engaño es concebido como el acto por el cual un competidor genera frente a terceros una impresión falaz acerca de sus propios productos o servicios, de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir, una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no hubiera realizado” (Vergez 1991, p. 207).

Un claro ejemplo de actos de engaño se genera en la publicidad que por sus características, es una de las herramientas más importantes con que cuenta el mercado para que exista una confrontación sana entre los diferentes oferentes de bienes y servicios, en pro de una competencia económica real y efectiva.

En tal sentido, la publicidad no sólo favorece al anunciante que se beneficia directamente con su difusión, sino que también beneficia al destinatario de la misma (consumidor), al informarle acerca de la existencia de las diferentes alternativas de marcas y productos con que cuenta para satisfacer sus deseos de consumo.

Atendiendo a la Resolución No 32749 del Veintinueve de Diciembre 29 de 2004 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, expresa que en el momento en que “la publicidad que se realiza es engañosa, los beneficios naturales que la publicidad genera en el mercado se desdibujan tornándose la publicidad en nociva, pues no sólo se expondrá al destinatario de la misma a basar sus decisiones de compra en información irreal del producto anunciado, sino que se generará en la competencia económica una distorsión, la cual, por los efectos que puede causar en los destinatarios de la misma, es susceptible de perjudicar injustificadamente a los competidores.

Ahora bien, siguiendo lo establecido en el artículo 11 de la ley 256 de 1996, se tiene que dicha norma reprime el engaño, al considerar que este se presenta cuando se realiza una conducta que por las circunstancias en que se lleva a cabo, es susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige el acto, siendo relevante destacar dentro de esta noción el concepto de error, el cual se define como un “concepto equivocado”²⁸ que se forma una persona acerca de alguna cosa.

Aplicando esta noción de engaño al tema publicitario, se tiene que existirá publicidad engañosa cuando el mensaje que difunde un anunciante para dar a conocer a sus destinatarios su marca, su producto o su servicio, o para persuadirlos en su decisión de compra, contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad.

Es importante resaltar que la noción de publicidad engañosa acá expuesta no se centra en los conceptos de veracidad ni de falsedad, sino que se basa en la noción de engaño, toda vez que un mensaje puede contener afirmaciones verdaderas, que a pesar de su veracidad, engañan o son susceptibles de inducir a engaño a sus destinatarios, al igual que puede contener elementos falsos, que a pesar de su falsedad no engañan al consumidor (por ejemplo las exageraciones obvias).

En diferentes ideas, el acto desleal de descrédito, parte de la credibilidad de los productos o un empresario dentro del mercado donde los agentes económicos se consolidan en el mercado mediante una reputación mercantil adquirida en el transcurso del tiempo

No obstante, la reputación puede resultar afectada por comportamiento de terceros que por conducto de señalamientos y afirmaciones incorrectas que hagan perder la credibilidad y reputación de los servicios o bienes que ofrece determinado empresario en el mercado.

Por ende, se sanciona toda clase de comportamientos que gracias a los señalamientos que afectan la confianza y credibilidad que han adquirido determinados empresarios en el mercado donde la pérdida de ésta surge a partir de una afirmación incorrecta de un tercero.

Los actos de desorganización, germinan a partir de la estructura organizacional y administrativa de una compañía, donde está al contar con diferentes departamentos en pos de desarrollar su objeto social se generan algunos comportamiento encaminados a vulnerar los órdenes empresariales o corporativos respectivos y, que terminan sin querer haciéndolo, ya sea a título de culpa o dolo.

Por lo que sigue, los actos de deslealtad por violación de normas, se funden en que la deslealtad materializada en el mercado otorga una ventaja ilícita a un empresario, el cual al incurrir en la infracción de las normas que orientan las conductas empresariales, su resultado aunque se caracterice por beneficiar a una colectividad o individualidad, tal obtención es ilícita.

Los actos desleales de imitación, se basan y sancionan el “poder copiar”, tal afirmación se fundamenta en la libre imitación de creaciones que existen en sistema jurídico colombiano y, se aclara que el respectivo derecho no es absoluto, porque existen ciertas creaciones con fundamento legal que no pueden ser copias. Bajo tal sustentación, el presente supuesto de deslealtad es contenido de comportamientos desleales que resultan ser excepcionales al principio de libre imitación.

Por consiguiente, existen determinadas prestaciones e iniciativas que no pueden imitarse, pero que sobre otras, las que no están protegidas por la ley, la imitación o “copia” es permitida legalmente.

Pueden suceder eventos en los cuales se discuta “si deba adelantarse frente a un caso la verificación si lo imitado tiene protección legal o no. Pues en tal asunto si el objeto imitado posee protección y registro legal, por ende, se presencia una infracción legal y la conducta desleal es sancionable por copiar toda vez que reporta una ventaja competitiva” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2002).

La anterior expresión se presenta cuando la copia es utilizada para no competir con otro, es decir, cuando se actúa paralelamente e igual que un competidor, pues ello genera una práctica comercial restrictiva vía acuerdos por comportamientos paralelos. De tal suerte, la ley de competencia desleal prohíbe la imitación exacta y minuciosa, sin embargo, la copia para efectos de ser considerada desleal debe desembocar en actos de confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Por otro lado, existe el acto de deslealtad por explotación de reputación ajena, el cual tiene como fundamento valorativo “El prestigio personal y/o personal de una persona”, el cual es una calificación o percepción positiva que tiene en el mercado un agente económico y de tal perspectiva, resulta atractivo para un tercero apropiarse del buen uso de la reputación que caracterice a un agente económico y obtenga beneficios económicos por la explotación del mismo, lo que consecuencia, en que “el prestigio” que posea una persona es un derecho personalísimo, y es propiedad de su titular, lo cual requiere autorización expresa del titular de la reputación para efectos de obtener beneficios económicos por la explotación del mismo, porque en caso contrario, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Miranda (2002) expresa que de forma consecuencial, “el uso de un derecho ajeno genera para su ejecutor un enriquecimiento sin justa causa. Pero si con el uso del derecho ajeno se causó un daño o perjuicio moral y material, sobreviene una indemnización porque se han generado actos de confusión porque el resultado de la explotación ajena se perdió la credibilidad en el mercado o se creó el riesgo de asociación y procede el derecho a ejercer una acción indemnizatoria” (Miranda 2002, p. 74).

Claramente, la explotación de reputación ajena es una típica acción de enriquecimiento sin justa causa, y si la explotación de la reputación genera daño al agente económico, la tipificación deberá adelantarse por otros supuestos de deslealtad como el descredito, engaño, confusión, desviación de clientela y otros, donde se solicita el daño argumentando la causa de este, que no es la explotación sino la pérdida de valor.

Consecuencialmente, cuando se pretenda el valor por el uso del derecho y su provecho, el perjuicio no se alega por medio del supuesto de explotación de la reputación ajena sino del supuesto que lleva al daño.

En otros ideales, el acto desleal por violación de secretos consiste en la protección de la información privada de una empresa, por esto, en el ámbito empresarial resulta que determinada información posee una gran trascendencia para efectos de ser calificada reservada, la cual es de propiedad de su titular. En este orden, existe deslealtad cuando se explota o divulga esa información que pertenece a otro.

Se parte de la idea de identifica si lo que se pretende alegar como usurpado o usufructuado es reservado o no. Por lo tanto, se considera que una información es reservada cuando no es posible tener acceso a ella por medios públicos y generales. Si la información reposa en un lugar o ámbito de control del supuesto titular de la información que sea pública no puede aseverarse que tal información sea reservada.

A su vez, resulta pertinente aclarar que el acceso a información privada puede presentarse por dos vías, la legítima e ilegítima, la primera, acontece cuando el titular de la información permite que un tercero tenga acceso pero se impone el deber de reserva. La obligación de mantener en reserva es del titular que al momento de permitir a un tercero el acceso, se debe estipular el deber de confidencialidad porque en caso de omitir la respectiva estipulación la información reservada se convierte en información pública.

El segundo medio de acceder a información reservada, se erige cuando la información reservada es violentada por un tercero, el cual tiene un acceso ilegal. En este caso es claro que el titular de la información reservada debió haber tomado todas las medidas y precauciones para proteger la información que es titular y no permitir el acceso o divulgación de la misma, pues en tal caso ostentaría la calidad de víctima.

Asimismo, la deslealtad en la información reservada se presta cuando teniendo acceso legítimo se incumple con el deber de reserva, divulgando o explotando lo reservado. Adicionalmente, es desleal cuando se tiene acceso ilegítimo acompañado de divulgación o explotación.

Finalmente, Miranda (2002) sostiene que los actos de deslealtad por inducción a ruptura contractual, se presta bajo la insignia que “el contrato es ley para las partes y solo para ellas. Esto se traduce que terceros que no hacen parte de la relación obligacional no pueden intervenir en la respectiva esfera contractual” (Mirando 2002, p.191).

No obstante, en algunas ocasiones existen terceros interesados en que la relación contractual no prospere y ejecutan toda clase de actos para que las finalidades contempladas en los contratos no se cumplan, y en el derecho de la competencia, tales actos poseen una gran trascendencia porque los agentes económicos, que participan en un mercado donde se encuentran orientados interna como externamente por modelos contractuales.

El presupuesto normativo de deslealtad salvaguarda la tranquilidad contractual de un agente económico respecto de terceros ajenos a la relación obligatoria que emana de un contrato. Ahora bien, es menester entender que el presente supuesto, posee alcances y límites en dos aspectos, el primero, en la inducción al incumplimiento del contrato, el cual se materializa cuando un tercero ajeno al negocio jurídico tiene influencia en el incumplimiento del contrato, y por el solo hecho de influenciar a quien lo incumpla, configura la conducta desleal. El segundo se presenta cuando se da una inducción a la terminación regular del contrato, la cual acontece cuanto el contrato termina por causas legales pero frente a escenarios de prorrogar o renovar el contrato sustancia o formalmente, el tercero ajeno a dicha relación contractual interviene para que dicha posibilidad negociar no se materialice.

Aunado a lo anterior, y acorde a la sentencia 005 del Treinta de Noviembre de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, expresa que “el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, según el cual, “se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena solo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos”.

El artículo en cita plantea tres hipótesis. La primera consistente en que un agente induce, entre otros, a trabajadores, proveedores o clientes de un competidor para que violen cláusulas del contrato que han firmado (con el competidor); la segunda hipótesis se presenta cuando el agente induce a la terminación regular de un contrato celebrado y la tercera hipótesis se presenta cuando el agente en su propio beneficio o de un tercero, se aprovecha de una infracción contractual ajena.

En las dos primeras hipótesis, la inducción como elemento básico, se refiere a un estímulo voluntario por parte de un agente con el ánimo de irrumpir en la esfera de las relaciones contractuales en las que no es parte y provocar en el primer evento, la inobservancia de las obligaciones que otros han convenido a través de un contrato, y en el segundo, la ruptura

normal de la relación contractual existente entre dos personas, es decir, la ruptura regular, a la luz de las cláusulas del contrato.

Por lo anterior, si el acto que se arguye que indujo no se realiza de manera consciente o premeditada, si el agente no tiene este propósito o si el agente despliega una disuasión inconsciente, de presentarse una infracción a un deber contractual o la terminación regular del contrato, estos resultados no corresponderán a los elementos de la norma o no tendrán relación causa efecto con la acción desplegada por el agente.

Obsérvese a la luz del artículo en estudio, que cuando se presentan la segunda y la tercera hipótesis, esto es, las relativas a la inducción a la terminación regular de un contrato celebrado o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, la norma se hace más contundente y exige para su verificación que adicionalmente, estas dos actuaciones tengan como fin la expansión de un sector industrial o empresarial, lo cual podría asimilarse a la expectativa de generar razonadamente una ventaja económica en un sector específico, o vayan acompañadas, entre otras, de circunstancias tales como el engaño o la intención de eliminar a un competidor del mercado.

CAPITULO III

LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

3.1. La naturaleza constitucional y legal de las acciones de competencia desleal.

El marco normativo que orienta y estructura las acciones de competencia desleal, se funde en la Ley 256 de 1996, especialmente, en los artículos 20 y subsiguientes del cuerpo normativo en mención. Además, en materia constitucional y partiendo de la carta de navegación, la libertad de competencia económica, se encuentra orientada y fundada bajo un sistema económico basado en determinadas normas rectoras constitucionales, remitiéndose, en la libertad de asociación (Art. 39 C.P.), garantía de la propiedad privada (Art. 58 C.P.), libertad de escoger profesión u oficio (Art. 26 C.P.) y de manera fundamental y trascendental, la libertad de competencia económica se encuentra constitucionalizada en los artículos 333, 334 y 336 en la norma de normas.

Por consiguiente, para efectos de proceder las acciones por competencia desleal, tales acciones, se funden en la libre competencia económica, tal y como, se enunció de manera previa.

Por ende, es necesario conocer el concepto jurídico y económico de la misma, la cual en términos constitucionales, se observa que “la libre competencia, desde una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con

arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres y, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones.

A su vez, corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica sino de disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible” (Corte Constitucional, 2010).

Teniendo en cuenta lo anterior, se aprecia que para conceptualizar la naturaleza de las acciones de competencia desleal, es menester conocer de antemano, qué se comprende por competencia desleal, la cual se delimita 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 buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de

decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado” (Corte Constitucional, 1997).

Aunado a lo anterior, las acciones de competencia desleal, se delimitan como determinadas acciones contractuales y judiciales, que pretenden deponer todos aquellos actos desleales considerados por el constituyente secundario, y que acontecieron en el mercado empresarial, lo cual permite general el establecimiento de perjuicios materiales y morales que afectaron los intereses de los agentes que participan en el mercado.

Asimismo, las acciones de competencia desleal, se caracterizan por poseer una naturaleza que parte de una amenaza frente a la afectación en la competitividad de los agentes del mercado o del aprovechamiento inadecuado por la utilización de derechos empresariales y económicos, generando un enriquecimiento ilícito y, a su vez, amenazando la capacidad competitiva de los sujetos que concurren en un mercado respectivo bajo la premisa anteriormente enunciada.

Cambiando de ideas, se parte de la naturaleza jurídica que las acciones por competencia desleal, pretenden el ejercicio y reconocimiento de uno o varios derechos personales como patrimoniales que tienen que ser incoados vía procesal durante un término respectivo, toda vez que el ordenamiento jurídico, ha otorgado unas herramientas al sujeto o sujetos procesales demandados y, gracias al derecho de defensa consagrado vía constitucional y legal, pueden alegar la prescripción de la acción por competencia desleal, la cual es

provocada por el implacable transcurso del tiempo [aunado] a la inactividad de los titulares de derechos y acciones.

La prescripción se encuentra regulada en materia de competencia desleal por el artículo 23 de la ley 256 de 1996, según la cual "las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto".

Acorde con la norma transcrita, tratándose de la acción de competencia desleal existen dos clases de prescripción que se han denominado, de acuerdo con la jurisprudencia, ordinaria y extraordinaria, aquella, de naturaleza eminentemente subjetiva, se configura transcurridos dos (2) años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la referida acción tiene conocimiento del acto concurrencial que considera desleal y de la persona que lo ejecuta; y la última, de carácter objetivo, procede en el momento cuando transcurran tres (3) años contados desde el momento de la realización del acto denunciado.

En tal sentido, las dos formas de prescripción son independientes y autónomas aunque pueden transcurrir simultáneamente y, adquieren la materialización jurídica cuando una de las dos acciones se configure en primera instancia.

Ahora bien, conforme al artículo 90 del Decreto 1400 de 1970, la presentación de la demanda interrumpe el término que haya transcurrido para efectos de prescripción, “siempre que el auto admisorio (...) se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”.

3.2. Los antecedentes históricos del proceso y los tipos de acciones por competencia desleal en Colombia.

Los antecedentes procesales y sustanciales de las acciones por competencia desleal en el ordenamiento jurídico colombiano, se funde a partir del Decreto ley 410 de 1971 y posteriormente, en la sentencia judicial proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia.

De tal forma, el Decreto Ley 410 de 1971, institucionalizó las acciones por competencia desleal bajo una procedencia exclusiva de aquellas personas que ostenten la calidad de comerciantes. Tal circunstancia generaba un desmedro como desequilibrio patrimonial y jurídico a personas que no llegasen a gozar de la calidad de ser comerciantes, teniendo en cuenta, el criterio subjetivo adoptado por el decreto en mención, no obstante, la sentencia judicial expedida por la sala civil de la Corte Suprema de Justicia adoptaría un criterio distinto al reglamentado por el Código de Comercio en un principio.

Por esto, el Código de Comercio “es un ordenamiento especial que tiene por finalidad regular la actividad de los comerciantes y en tal sentido contiene reglas especiales que se aplican a quienes según el mismo ordenamiento ostentan dicha calidad, es decir, a quienes ejecutan en forma profesional actos de comercio .

Respecto de la calidad de los sujetos involucrados en un acto de competencia desleal, el jurista Néstor Humberto Martínez Neira, opinó, con base en lo establecido por los artículos 75 a 77 del Estatuto Mercantil lo siguiente:

"(...) Por ser el comerciante un profesional, la ley le impone el cumplimiento de ciertas obligaciones propias de dicha condición, estando dentro de ellas la de "abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal" y dado que toda norma sancionatoria es de carácter penal y al no permitirse su aplicación analógica -salvo las mismas excepciones legales- (art. 7º Ley 599 de 2000), forzoso es concluir que el agente debe ser comerciante.

A su turno, el sujeto pasivo de la acción desleal debe ser comerciante, por aplicación del artículo 1º del Código de Comercio. Si alguno de los dos o ambos no ostentan esta calidad, tenemos que afirmar que no hay lugar en este caso para este tipo de infracciones y que estaremos frente a un acto de responsabilidad civil extracontractual.

No obstante y al analizar que en el mercado, se puedan presenciar actos de personas adoleciendo de la calidad de ser comerciantes, pueden llegar a competir de manera desleal y que según lo expuesto, no pueden ser demandados con éxito por competencia desleal y,

se concibe legalmente que la competencia desleal es una institución que sancionaría las prácticas desleales en que incurre cualquier competidor, independientemente de que fuera o no comerciante.

El factor jurídico traído a colación anteriormente, justificó la expedición de una nueva ley que previera la problemática jurídica planteada y, que modificará la limitación que en tal sentido establecía el Código de Comercio

El 12 de septiembre de 1.995, la Corte Suprema de Justicia, falló el primer proceso de casación por competencia desleal, en el que la corporación fijó una posición acerca de si la competencia desleal comprendía una acción exclusivamente indemnizatoria, o si además del resarcimiento de los perjuicios el afectado contaba con una acción independiente para reprender el simple peligro que los actos de competencia desleal envuelven

“Hasta antes de la Sentencia de la Corte la tendencia mayoritaria era considerar que el artículo 76 permitía solamente a quien ya había sido perjudicado por actos desleales solicitar al juez que conminara en la sentencia al infractor a que se abstuvieran de repetir los actos por los cuales se le demandaba.

Dado que dicha posibilidad estaba sólo en cabeza de quien ya había sido perjudicado, el demandante debía probar en primer lugar el perjuicio que se le había causado, para que así, una vez se declarara la infracción, se pudiera evitar que en el futuro se le causaran nuevos perjuicios.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 76 establecía que antes del traslado de la demanda se decretaran las medidas cautelares que el juez considerara pertinentes.

Respecto de la naturaleza de las medidas cautelares del artículo 76, es interesante la posición que al respecto adoptó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá decretando lo siguiente "El legislador contemplando y previendo la posibilidad de que durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de un proceso y su finalización sobrevengán circunstancias que dificulten o imposibiliten la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva, ha establecido la institución de las medidas cautelares como un estado de cosas provisorio destinado a conjurar los riesgos del tiempo que demanda el proceso.

Es así, como en nuestro derecho positivo y por regla general, las medidas cautelares son accesorias de un proceso principal, en donde el juez ni juzga ni prejuzga dado su carácter subsidiario (...) las medidas cautelares decretadas no constituyen un proceso autónomo por estar insertas dentro del proceso principal y se adecuaron primordialmente en función de la finalidad precautoria aducida, esto es, la de evitar mediante ellas la repetición de los actos de competencia desleal (...)" (Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca Sala Contenciosa 2005, p. 52 - 55)

Por otro lado, quien no hubiera sido perjudicado por actos de competencia desleal, aunque podía solicitar que se practicarán las medidas cautelares, se exponía a perder la caución que debía constituir, por lo cual éstas no se concebían como una herramienta preventiva que

facultara a quien considerara que su competidor iba a llevar a cabo una práctica constitutiva de competencia desleal.

Según Jaeckel (2008), la Corte modificó la tesis mayoritaria al establecer que la competencia desleal debía concebirse como una protección frente al riesgo que envolvían las conductas desleales. En tal sentido la Corte distinguió las siguientes tres fases en las que podía presentarse la infracción A) la ejecución de actos desleales con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización; B) la ocurrencia real o efectiva de dichos fenómenos; y C) la existencia de perjuicios cuya sustancia, según quedó visto, la constituye por la conducta censurable del competidor." (p. 89).

En consecuencia y según la Corte Suprema de Justicia, frente a la competencia desleal el afectado contaba con dos posibilidades; solicitar la suspensión de los actos de competencia desleal y que se abstuviera el demandado de repetirlos, ó, solicitar que se le indemnizaran los perjuicios causados.

En el primer caso, el demandante sólo debía probar la relación de competencia, la ejecución por parte de su competidor de actos considerados constitutivos de competencia desleal y el dolo o la culpa (error de conducta o falta de diligencia) de quien incurrió en la conducta. En cambio, el segundo caso, además de lo anterior, se debía demostrar el haber sufrido unos perjuicios ciertos, la cuantía de los mismos y el nexo de causalidad entre éstos y la conducta considerada como constitutiva de competencia desleal.

Además, en materia de garantías sustanciales y procesales, las medidas cautelares, se concretan en una posibilidad accesoria al proceso principal de competencia desleal, las cuales buscaban prevenir que se siguieran ocasionando perjuicios, así como, garantizar la efectividad de la sentencia.

En tal sentido, quien podía solicitar que las medidas cautelares se practicarán atendían a quien se encontrará legitimado para iniciar la acción de competencia desleal, porque ya había sido perjudicado por actos constitutivos de la infracción.

En conclusión, se puede inferir que la Ley 256 de 1996 aplica a todos los participantes del mercado, ya sea comerciantes o no, la cual vela por la protección al interés público amparando el interés de los competidores y de los consumidores, el cual donde el bien jurídico protegido es la lealtad. Adicionalmente, la Ley 256 de 1996 sanciona todas aquellas conductas que son empleadas para efectos de utilizar medios indebidos para concurrir en el mercado

3.3. La tipología de las acciones por competencia desleal

En aras de comenzar a analizar la diferente tipología de las acciones por competencia desleal, es importante conocer que las normas prescritas por el Decreto 410 de 1970, tienen por objeto regular las actuaciones de los comerciantes donde el modelo profesional de competencia exigía única y exclusivamente, la existencia de una relación de competencia,

pero se consideraba las acciones meramente indemnizatorias bajo la condición de preexistir un daño.

Empero, a partir del año 1995, la jurisprudencia colombiana, dictaminó que la acción por competencia desleal puede atender a dos fines esenciales, los cuales consisten en el carácter indemnizatorio y preventivo.

Ahora bien, el numeral 1º del Artículo 20 de la Ley 256 de 1996, tipifica que “el 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...”.

Luego de examinar el texto de la norma en cuestión, se advierte que “la finalidad perseguida con la acción declarativa o de condena en materia de competencia desleal, es declarar la realización de una conducta desleal ya acaecida, ordenar al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados” (Corte Constitucional, 2006. p. 32).

Adicionalmente, la acción preventiva o de prohibición en materia de competencia desleal, es evitar la realización de una conducta desleal, es decir, que aún no se ha configurado, o que esa conducta se prohíba en los casos en los que la conducta ya se realizó, pero aún no ha generado sus efectos nocivos.

La acción preventiva “difiere sustancialmente de la declarativa y de condena, establecida en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, toda vez que la acción declarativa, tiene por objeto declarar la ilegalidad de los actos desleales realizados, ordenando al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados, mientras que la acción preventiva o de prohibición, busca impedir que se realice la conducta o que se presenten sus efectos negativos en caso de haberse ejecutado la misma” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, 1994).

La jurisprudencia del respetado Consejo de Estado, se ha manifestado en cuanto a la naturaleza de los dos tipos de acciones por competencia desleal, las cuales se esgrimen bajo las siguientes premisas, “la acción declarativa y de condena, pretende que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por esos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante, quien podrá solicitar las medidas cautelares consagradas en el artículo 31 de la referida ley y, la acción preventiva o de prohibición, busca solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno” (Consejo de Estado, 2007).

Doctrinariamente, Velandia (2011) “la acción declarativa y de condena consiste la remoción de los actos desleales que se presentaron en el mercado, así como indemnizar los perjuicios ocasionados como consecuencia del acto desleal. Resulta claro que esta acción se presenta cuando el acto desleal ha ya acaecido, es decir cuando se ha presentado en el mercado, pero adicionalmente le ha causado daño a una persona, por ello está legitimado para iniciarla.

La sentencia tendrá dentro de su cuerpo: (i). La declaración de afectación a la competitividad; (ii) La prohibición de que se siga ejecutando ese acto dentro del mercado; (iii) La orden de pagar a título de indemnización una suma de dinero”.

La acción preventiva o de prohibición, se sustenta a partir bajo la existencia de una amenaza a la afectación de la competitividad de alguien en particular o del aprovechamiento indebido por el uso del derecho ajeno que genera enriquecimiento a alguien y, asimismo, la amenaza en cuanto la competitividad de otros.

Por lo tanto, la acción preventiva surge de una mera proyección de daño que no ha acaecido y tan solo se tiene una amenaza de desmedro patrimonial, es decir, una acción en la que no existe daño al patrimonio de una persona, lo cual resulta curioso.

Es sencilla la explicación de la situación, dado que lo tutelado por las normas de deslealtad es la afectación al aprovechamiento de la competitividad, bien sea porque se causa daño a la competitividad de otro o porque se está siendo más competitivo aprovechando el uso sin permiso del derecho ajeno” (Velandia 2011, p. 368-369).

Por lo tanto, se permite establece que la persona que pretenda interponer una acción por competencia desleal, buscando la declaratoria de los actos desleales acusados a título preventivo o indemnizatorio posee la facultad de acudir a diferentes órganos judiciales o administrativo donde se presenta remover los efectos acaecidos por los actos desleales y solicitar la indemnización de los perjuicios causados – acción indemnizatoria o de condena-

De igual manera, se describe la acción preventiva o de prohibición, cuando el agente económico considere que puede ser objeto de perjuicios patrimoniales por actos desleales de competencia, lo cual tendrá la facultad para solicitar ante el ente competente de evitar la realización de cualquier conducta desleal aun cuando esta no se haya materializado o perfeccionado, lo que le permitiría eliminar el nacimiento de cualquier daño patrimonial que se radique en la titularidad jurídica de un agente económico que participa en un sector económico ofreciendo un bien o servicio.

La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la sentencia 0004 de Octubre 20 de 2005, indica que “el numeral segundo del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, señaló que “...la persona que piense que puede resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que se prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno(...)”.

Luego de examinar el texto de la norma en cuestión, se advierte que la finalidad perseguida con la acción preventiva o de prohibición en materia de competencia desleal, es evitar la realización de una conducta desleal, es decir, que aún no se ha configurado, o que esa conducta se prohíba en los casos en los que la conducta ya se realizó, pero aún no ha generado sus efectos nocivos.

La acción preventiva difiere sustancialmente de la declarativa y de condena establecida en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, pues la segunda tiene como finalidad declarar la ilegalidad de los actos realizados, ordenar al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados, mientras que la acción preventiva o de prohibición busca impedir que se realice la conducta o que se presenten sus efectos negativos en caso de haberse ejecutado la misma.

(...) Dentro del expediente aparece demostrado que la parte accionada constituyó una sociedad que incluyó en su razón social la expresión Carrefour, denominándola Hipertiendas e Hipermercados Carrefour de Colombia Limitada, lo cual aunado a la fijación en el año 2003 de vallas en lugares visibles al público en las cuales fue utilizado el nombre Hipertiendas e Hipermercados Carrefour con idéntica representación gráfica a la utilizada por la sociedad Carrefour para identificar sus establecimientos de comercio, evidencia la intención de utilizar en el mercado la expresión Carrefour (...).

La conducta desplegada por la parte accionada se considera contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, pues si bien la sociedad accionada no ejerce ni ha ejercido actividades comerciales en desarrollo de su objeto social, la intención clara que tiene de hacerlo incluyendo en su razón social una denominación ajena no guarda relación con los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan honestamente en el mercado.

Asimismo, considera este Despacho que la creación de la sociedad Hipertiendas e Hipermercados Carrefour de Colombia Limitada con una razón social similar a la de la multinacional francesa Carrefour, conociendo de antemano que esta se disponía a entrar al mercado colombiano¹, es un acto de competencia desleal susceptible de desviar la clientela de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 256 de 1996, pues constituir dos sociedades con nombres que son reconocidos en el exterior y por una parte importante del mercado nacional, a sabiendas de que pretendían incursionar en el mercado colombiano, como en efecto lo hizo Carrefour y posteriormente pretender un pago por parte de las sociedades extranjeras por la cesión del nombre, constituye a todas luces un acto contrario a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial”

3.4. Los procedimientos en el ordenamiento jurídico colombiano

Palacio (2003) expresa que en materia procedimental, las acciones por competencia desleal, proceden bajo dos formas procedimentales, en un principio, se encuentra el proceso abreviado o verbal, los cuales se caracterizan por ser “procesos de conocimiento que se encuentra sometidos a un trámite específico, total o parcialmente distinto al proceso ordinarios. Se caracteriza por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales y, en consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse” (Palacio 2003, p. 75).

El ordenamiento procesal colombiano, prevé que el procedimiento abreviado, es el competente para avocar y desarrollar todos aquellos derechos en controversia por la presunta violación de los agentes que participan en el mercado por una supuesta competencia desleal.

Por lo tanto, serán competentes para su conocimientos los jueces especializados en derecho comercial – aspecto que nunca se reguló ni se creó -, o en su defecto, los jueces civiles de circuito, serán los competentes para conocer de la controversia sustancial y formal en lo referente a la transgresión de disposiciones normativas y fáctica por competencia desleal.

Asimismo, será competente el juez del lugar donde el sujeto pasivo de las pretensiones civiles, tenga el domicilio y, a falta de este, el juez competente será el de la residencia habitual.

De tal manera, que las personas para ejercitar las acciones de competencia desleal podrán pedir al juez con carácter urgente que decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal.

Igualmente, en las diligencias preliminares, el juez determinará si las maquinas, dispositivos, instalaciones, procedimientos, actividades o productos inspeccionados del demandado pueden servir para realizar cualquier acto de competencia desleal.

De tal tenor, se expresa que el plazo de dos meses contados a partir de la fecha de la práctica de las diligencias de comprobación no se hubiere presentado la correspondiente

demanda ejercitando la acción judicial, quedará sin efecto y no podrán ser utilizadas en ninguna otra acción judicial.

De manera equivalente, la parte afectada por las diligencias judiciales podrá reclamar de forma total o parcial de quien las hubiere solicitado, los gastos y daños ocasionados (daño emergente y lucro cesante) a que hubiere lugar.

Por último, una vez comprobado los actos de competencia desleal o la inminencia del mismo, el juez tendrá la obligación de ordenar y prescribir la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes, siempre y cuando, se haya realizado la audiencia de conciliación extrajudicial, constituyéndose el último elemento procesal a título de requisito de procedibilidad atendiendo a lo prescrito en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

3.5. Las jurisdicciones que conocen las acciones por competencia desleal

En principio, se puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual es competente para conocer de las controversias contenciosas que se suscitan “en virtud de la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo y, que ya no gravita en torno al ‘juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino

que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga” (Consejo de Estado, 2011).

Es sorprendente el hecho que la jurisdicción contenciosa, conozca las controversias que llegasen a suscribir por acto de competencia desleal y, para efectos de conocer su causa jurídica se atiende a que la Superintendencia de Industria y Comercio, ente delegado que hace parte del “poder ejecutivo”, el cual en el encargado de vigilar como promover la competencia y prácticas comerciales restrictivas acorde a las señaladas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, las cuales consisten en:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones y quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquéllas que sean significativas.
- Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

De lo anterior, la ley “establece una cláusula general de competencia a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley (...)” (Consejo de Estado, 2011).

Atendiendo a la Ley 446 del 7 de julio de 1998, por la cual se dictaron normas para descongestionar los despachos judiciales y acudiendo a los artículos 143, 144 y 147 de la Ley en mención, los cuales regularon las funciones, facultades y competencia prevencionista de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por lo tanto, se infiere la facultad jurisdiccional de la Superintendencia de Industria y Comercio, específicamente, para avocar judicialmente de las acciones por competencia desleal, previstas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, cuya competencia comparte con los jueces civiles del circuito, a prevención, conforme a los artículos 147 de la Ley 446 de 1998 y 24 de la Ley 256 de 1996.

Refiriéndose al alcance de las atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio otorgadas por el artículo 143 de la Ley 446, la Corte Constitucional por conducto de la Sentencia C 649 de 2001, declaro que “de conformidad con el tenor literal del artículo 143 acusado, la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relativo a las conductas constitutivas de competencia desleal, tendrá "las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Estas atribuciones están consagradas, en lo esencial, en el Decreto 2153 de 1992, "por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", y en la Ley 155 de 1959, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas". Por lo mismo, es necesario remitirse a tales normas, para extraer el contenido preciso del precepto demandado” (Corte Constitucional, 2001).

En resumen, se asevera que la Superintendencia de Industria y Comercio, al avocar la promoción y cumplimiento de las prácticas restrictivas al comercio como competencia desleal, posee la potestad para sancionar de manera positiva o negativa mediante el procedimiento verbal, y con respecto, aquellos agentes económicos que concurren en un determinado mercado económico que cumplen o incumplen las normas respectivas y, al ser sujetos sancionables, pueden recurrir a la jurisdicción contenciosa con el fin de revocar y/o anular las penalidades pecuniarias impuestas por el ente administrativo en mención.

Por otro lado, la jurisdicción civil, se encuentra relacionada con la realización de conductas que afecten la libre competencia toda vez que mediante el proceso abreviado se incoan las respectivas acciones civiles que han generado determinados perjuicio económicos cuya causa se reputa por las concurrencia de actos desleales en materia de competencia económica.

3.6 Recurso de casación en los procesos por competencia desleal

El recurso extraordinario de casación no procede contra sentencias originadas en litigios de competencia desleal. Por esto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por auto del 24 de mayo de 2013, concluyó que en los procesos originados de competencia desleal, no cabe recurso extraordinario de casación, para lo cual dejó sentado que “(...) ha sido voluntad expresa del legislador sustraer del proceso civil ordinario, los asuntos relativos a la competencia desleal; y, consecuentemente, que tales conflictos fueran conocidos por la sala de casación civil de la corte suprema de justicia, por vía de recurso extraordinario (...)”.

Se debe tener en cuenta que dado el amplio margen y desarrollo de este tipo de temas, no sería absurdo contemplar para este tipo de procesos la implementación de un recurso extraordinario, que permita que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia conozca de este tipo de procesos, dada la importancia que ellos implica.

Para los sujetos que se encuentran en este medio no es un misterio, que los procesos por competencia desleal cada día son más frecuentes y progresivos, con base en la cantidad de medios que se ponen a disposición de los sujetos, para cometer conductas que se consideren desleales, así como cuantiosos en la medida en que la evolución de los mercados genera que en este tipo de procesos se vean involucrados sujetos con grandes capacidades económicas, lo que genera en muchos de los casos situaciones complejas no solo limitadas a aspectos económicos que requieren la atención de juristas con alto grado de preparación

para poder dirimir este tipo de controversias jurídico mercantiles.

3.7. Las acciones por competencia desleal en el código general del proceso

El código general del proceso – Ley 1564 de 2012 – generó nuevos cambios al sistema procesal colombiano, el cual avoca un desarrollo más efectivo y ágil en la resolución de conflictos de los particulares, los cuales se benefician de la implementación del sistema oral en los procesos civiles.

En materia de competencia desleal, se observa que la competencia de los procesos del temario en mención, el juez competente se determinará con base en diversos criterios consistentes en: (i) El lugar donde se hayan realizado los actos desleales o violados los derechos de los agentes económicos; (ii) El lugar donde se materialicen los efectos de los actos desleales o violación de derechos siempre y cuando se hayan realizado en el extranjero; (iii) El lugar donde se encuentre ubicado la empresa, local o establecimientos de comercio o el ámbito geográfico donde se ejerza la actividad el demandado, bajo la condición que los anteriores aspectos, se encuentren relacionados con la realización de los actos desleales o vulneración de derechos

De igual forma, las controversias que surjan en virtud de un proceso por competencia desleal, en principio, es competente la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de lo establecido en el artículo 24 literal b de la ley en comento.

Es resaltable el hecho que la Superintendencia de Industria y Comercio, al ostentar la calidad de ser una autoridad administrativa, descentralizada y de carácter nacional, pueda ejercer funciones jurisdiccionales, en virtud del artículo 24 literal b de la Ley 1564 de 2012.

La innovación del nuevo marco legislativo procesal, permite que la Superintendencia de Industria y Comercio, conozca los procesos por competencia desleal a título preventivo como sancionatorio por medio del ejercicio y desarrollo de funciones jurisdiccionales que ostenta la entidad administrativa nacional, sin desconocer la autonomía e independencia que gozan los jueces civiles del estado colombiano, para conocer de los procesos por competencia desleal.

La afirmación anterior, se desprende en virtud de la sentencia C-896 de 2012 expedida por la honorable Corte Constitucional por conducto del magistrado ponente Ramiro Rodríguez López, el cual dictamina que “Se encuentra constitucionalmente ordenado que sean disposiciones con fuerza de ley las que atribuyan funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. Esta competencia legislativa, conforme al artículo 3 de la ley 1285 de 2009, comprende el señalamiento de las competencias, la determinación de las garantías al debido proceso y la fijación de todas las condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes (...).

Se encuentra constitucionalmente dispuesto que la atribución sea excepcional y precisa (artículo 116). Del carácter excepcional se sigue (i) un mandato de interpretación restrictiva de las normas que confieren este tipo de facultades y (ii) un mandato de

definición precisa de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas. De este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas.

Adicionalmente y atendiendo lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 1285 de 2009 el carácter excepcional implica (iii) un mandato de asignación eficiente conforme al cual la atribución debe establecerse de manera tal que los asuntos sometidos al conocimiento de las autoridades administrativas puedan ser resueltos de manera adecuada y eficaz (...) Se encuentra constitucionalmente prohibido de manera definitiva la asignación de competencias a autoridades administrativas para instruir sumarios o juzgar delitos(...)"

De igual forma, el código general del proceso, dictamina que los procesos por competencia desleal, se desarrollen exclusivamente por la reglamentación procesal inherente a los procesos verbales, lo que genera que los procesos abreviados no sean el mecanismo procesal competente con base en que la institución procesal en mención, desaparece en el código general del proceso.

En cuanto a las medidas cautelares, la Ley 1564 de 2012, facilita que la práctica de medidas cautelares extraprocesales, se puedan solicitar, decretar y practicarse en virtud de una prueba extraprocesal, bajo el mandato de cumplir los requisitos legales que prevé la ley sustancial como procesal.

CAPITULO IV

LOS SUJETOS PROCESALES EN LAS ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

4.1. Los presupuestos para adquirir la calidad de sujeto procesal en las acciones por competencia desleal

Se propugna que los presupuestos procesales estructuran las acciones, las cuales a pesar de la autonomía del derecho material, de la jurisdicción, del proceso, de la pretensión y de la sentencia misma, condiciona a su vez, al ser materializada la concreción del proceso, de la jurisdicción, de la competencia.

De tal manera, los presupuestos procesales tienen una relación ineludible con la acción, si esta última ha de entenderse como derecho a la prestación de la jurisdicción o libre acceso a la administración de justicia donde su concreción no es caprichosa, tediosa o arbitraria, sino que se encuentra sometida al previo cumplimiento de unos requisitos, de unas condiciones, de unos presupuestos que se encuentran íntimamente enlazados con las acciones.

Rico (2006) considera que los presupuestos procesales de las acciones, son “las condiciones formales necesarias para que pueda concretarse válidamente la acción, para nazca válidamente la relación jurídico procesal, se trabé válidamente la relación jurídico procesal, se desarrolle y se termine válidamente dicha relación” (p. 305).

En igual sentido, Camacho (2000) determina que existen los elementos esenciales y formales de los presupuestos procesales de la acción, los cuales atendiendo a los elementos esenciales de los mismo, se esgrimen los siguientes: “(i) Concreción válida de la acción; (ii) Nacimiento válido de la relación procesal; (iii) Tratamiento en forma perfecta y válida de la relación procesal; (iv) Desarrollo en forma perfecta y válida de la relación procesal y; (v) Terminación válida y perfecta de la relación procesal” (p. 291).

En cambio, López (1998) considera que los presupuestos procesales formales atienden a: “(I) Jurisdicción; (ii) Competencia; (iii) Capacidad para ser parte; (iv) Capacidad para comparecer; (v) Demanda en forma; (vi) No caducidad en forma; (vii) No caducidad de la acción; (viii) Solicitud de conciliación extrajudicial en derecho” (p. 61).

Ahora bien, una vez concretados los presupuestos procesales que deben observarse de forma genérica en las acciones jurídicas, se deduce y concluye, que los agentes económicos, que incurrir en estrados judiciales o administrativos para efectos de velar y proteger sus derechos en lo referente a las prácticas de competencia, deben cumplir y acatar los presupuestos procesales enunciados previamente.

La legitimación activa erige un presupuesto procesal en las acciones por competencia desleal, la cual atendiendo al artículo 21 de la Ley 256 de 1996, indica que “cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia

desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”.

Las acciones contempladas en el artículo 20 de la ley en mención, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: (1) Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros. (2) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor.

La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores. (3) El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia. La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

De tal orden, se afirma que la legitimación activa, se otorga cuando una persona natural o jurídica, participe en el mercado o demuestre su intención de participar en el mercado, en otras palabras, personas que hagan parte de la oferta, demanda o cualquier etapa de la cadena de mercado.

La legitimación se radica en aquel agente económico que concurre al mercado mediante la exteriorización de intenciones económicas – oferta y demanda – y, en consecuencia, sus derechos o intereses patrimoniales se encuentren perjudicados o amenazados por el comportamiento desarrollado o próximo a desarrollar al infractor.

Miranda (2010) estima como requisito sine qua non, para que proceda la legitimación activa, en las acciones por competencia desleal, “la evidencia fehaciente y clara de un perjuicio causado o por causar, toda vez que al cotejar los requisitos del presupuesto es menester que acaezca en el ámbito fenoménico tal circunstancia que por contraer no podría instaurarse la acción civil correspondiente” (p. 172).

En cuanto a las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales, asociaciones que tengan como finalidad la protección al consumidor y el Procurador General de la Nación que se relacione con aquellos actos que afectan el interés público, se encuentran legitimados para representar los intereses colectivos y grupo personas que ostenten y representen los derechos económicos colectivos.

En cuanto a la legitimación pasiva como requisito inescindible para efecto de instaurar las acciones por competencia desleal, se establece que el artículo 3 de la Ley 256 de 1995, decreta lo siguiente: “Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”

De la norma en mención, la Superintendencia de Industria y Comercio (2006) considera que se “aplicará solamente a los participantes en el mercado, para lo cual no se requerirá una relación de competencia entre quien promueva la acción” (p. 37).

En cuanto a la legitimación pasiva de los actos desleales, se agrupan diferentes personas naturales o jurídicas y asociaciones, las cuales se les pueda imputar un juicio de responsabilidad, por un lado, el infractor o ejecutor del comportamiento desleal, quien es el principal responsable o autor de la conducta.

Asimismo, se encuentra legitimado desde el punto de vista pasivo, cualquier persona que llegase a realizar una conducta que ejecute un acto desleal, toda vez que no es solo el responsable el autor del acto sino también los terceros, que hubiesen colaborado de manera activa o pasiva, para infringir una de las conductas desleales reguladas en la Ley 256 de 1996 y que el afectado o amenazados se encuentre legitimado para entablar las acciones correspondientes.

4.2. Presupuestos de aplicación de las acciones por competencia desleal

Una vez entendidos los presupuestos esenciales en materia procesal, es menester conocer más a fondo los escenarios o presupuestos mínimos para efectos que una conducta sea calificada de desleal.

En virtud de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 256 de 1996, se desprenden los presupuestos objetivos, subjetivos y territoriales, que dependen presentarse de manera coetánea con el fin de predicar una adecuación normativo donde se analice y evidencia una afectación al derecho de la competencia.

En principio, se encuentra el ámbito objetivo de aplicación contenido en el artículo 2º de la Ley 256 de 1996, el cual es un mandato que protege la concurrencia y/o competitividad en el mercado, pues inescindiblemente que se presente la identidad entre el supuesto fáctico regulado en la ley y aunado al comportamiento del mercado, es menester que analizando ambos aspectos, se concluya la existencia un acto desleal con consecuencias en los ámbitos jurídicos y económicos, por ende, el presupuesto de aplicación objetivo se cumple porque es un mando imperativo de la ley en mención y con el objetivo de calificar las respectivas conductas de desleales.

Por otro lado, el ámbito objetivo de aplicación está compuesto por dos situaciones que deben presentarse, la primera, se relaciona con la conducta desarrollada en el mercado, y la segunda, la conducta debe poseer fines concurrenciales. En otras palabras, las conductas deben exteriorizarse en el mercado por parte de los agentes económicos que participen en el mercado.

Sin embargo, los actos preparativos de un acto desleal pueden ser sancionables con base en la existencia de la acción preventiva consagrada en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, la cual evita o aminoriza la realización de conductas desleales. Similarmente, la conducta

presuntamente desleal, tiene la característica obligatoria de ser presentada por agentes económicos en el mundo fenoménico más no en pensamiento.

Lo anterior significa que se deben adelantar los comportamientos en el mercado donde estos pueden presentarse en las diferentes fases de la cadena económica de valor, ya sea por la actividad comercial o empresarial desarrollada bien en la comercialización, distribución, fabricación, entre otros.

En lo referente a los fines concurrenciales, se presume que es concurrencial en el momento en que la conducta se traduce de manera objetiva e idónea, para consolidar la participación propia o de un tercero dentro del mercado.

No obstante, es necesario expresar que la presunción, en la cual se permita establecer que un agente económico incurra en actos desleales, no es el único medio de probar el fin concurrencial, porque pueden existir otros medios probatorios que ofrezcan la certeza de la existencia de los fines u objetivos concurrenciales desarrollados por agentes económicos que participen en el mercado.

Igualmente, es necesario advertir que el cumplimiento del presupuesto objetivo exige la idoneidad del comportamiento sin tener en cuenta su materialización, por ende, los agentes económicos delimitarán, definirán y probarán que los comportamientos económicos poseen las características de ser actos desleales.

El fin concurrencial facilita que la conducta sea investigada con el fin de precautelar tales actos desleales y concurrenciales, bajo el objeto de promover y asegurar la difusión en el mercado que los respectivos actos objeto de investigación es presuntamente desleal.

Entonces, debe resaltarse que la idoneidad se pregona respecto al aumento de participación no solo de la persona o personas quien lo ejerce sino de un tercero ajeno que puede facilitar el ejercicio de tales conductas.

El ámbito subjetivo de aplicación, suministra los requisitos exigidos al sujeto infractor del comportamiento desleal. Se advierte el respectivo evento de aplicación que ampara a los comerciantes y cualquier otro sujeto que participe en el mercado de manera activo o pasivo.

Por ende, es sujeto aquella persona que deba cumplir con los mandatos legales y comerciales sino cualquier persona que participe en el mercado y afecte la competitividad de otros agentes económicos.

El Decreto 410 de 1971 adopta un criterio objetivo con el fin de calificar la profesión de comerciante. Teniendo en cuenta el artículo 10 del decreto en mención, son comerciantes las personas que se ocupan profesionalmente ejercer las actividades mercantiles delimitadas por la ley comercial.

Por esta razón, se asevera la divergencia de la actividad comercial con otras actividades donde se predica la realización de actos mercantiles. De tal manera, para que una persona

pueda gozar de la calidad de comerciante, sus actos deben afectar patrimonialmente los derechos económicos de otra persona.

Por consiguiente, las personas que participen en el mercado y que teniendo en cuenta lo prescrito por la ley comercial, no gocen de la calidad de ser comerciantes, igualmente, se encontrarán supeditados a ser objeto de acciones por competencia desleal con base en que son personas que tuvieron un grado de influencia o intervención en la cadena económica.

Empero, el alcance jurídico de la expresión participante en el mercado es objeto de interpretación sistemática, porque el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, determinar las acciones de la competencia desleal y, estas procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, estableciendo que cualquier persona, independientemente de su naturaleza jurídica, es sujeto de la ley de competencia desleal, sea o no comerciante.

Otro aspecto relevante, en el ámbito subjetivo de aplicación, no exige la necesidad de relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo. En la actualidad, la ley de competencia desleal parte del presupuesto que puede afectar la concurrencia en un comerciante sin ser competidor de una respectiva actividad económica, verbigracia, cuando un consumidor desacredita injustamente a un agente económico que ofrece sus bienes o servicios en un respectivo mercado.

Cambiando de ideas, el ámbito territorial, se remite a las consecuencias que tienen una conducta dentro del mercado nacional, independientemente del ámbito geográfico, en el cual hayan sido adelantados los comportamientos desleales.

Acorde a la normatividad actual, el presente aspecto aplica a los actos cuyos efectos principales se materialicen en el territorio geográfico del estado colombiano. Adicionalmente, en el derecho internacional privado se adopta un criterio unilateral de conexión, el cual consiste en que cada mercado afectado conoce el acto de competencia desleal. De tal suerte, se menciona que la ley aplica a los actos cuyos efectos principales tengan lugar en el mercado nacional, y en tal sentido, la competencia preponderante prevalece en el país donde se producen los efectos principales.

Por ende, cada estado posee su soberanía constitucional como estatal, la cual permite la investigación de los efectos ocurridos dentro del respectivo ámbito territorial. De esta forma, serán investigadas las conductas que tengan efectos en el mercado nacional, inescindiblemente, el lugar o ámbito geográfico donde se idealicen, ya sea a nivel nacional o internacional.

4.3. Análisis de las calidades de un tercero ajeno a la relación comercial que pueda fungir como sujeto pasivo dentro de las acciones por competencia desleal.

Devis (2009) afirma que la noción de tercero debe vincularse a la noción de parte en un proceso, el cual por tercero son aquellos “quienes no tengan la calidad de partes” (p. 446).

Si bien en el apartado anterior, se expresó que en materia de deslealtad se abarca al responsable del autor o acto, igualmente, existen terceros que pudiesen colaborar de manera activa o pasiva, pueden incurriendo en las conductas desleales que enmarcaron un perjuicio al demandante.

Para tal efectos, Velandia (2001) “existe una clara solidaridad entre el autor y el colaborador, y el afectado o amenazado está legitimado para demandar a cualquiera de los dos y perseguir de ellos el daño” Se afirma el hecho que exista un tercero solidario, que pueda ser demandado previendo que de manera directa o indirecta no contribuyó, en su totalidad, para causar los daños o perjuicios frente al agente económico que sufrió las conductas desleales respectivas (p. 372).

4.3.1. Medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal

Para comprender el concepto y poder delimitar el tema de medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal, se debe partir de un parámetro general que permita en un primer lugar, entender la finalidad de la ejecución y significado de la medida cautelar, para poder pasar a un plano específico como lo es en este tipo de acciones y, con esto poder desarrollar y dar claridad al planteamiento que se desarrolla en el presente título.

López Blanco (2012) se definen como “expresiones con las que se hace referencia a aquellas providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora en las decisiones que se

tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada” (p. 69).

Si bien la definición anterior, es clara y brinda un parámetro para entender la forma en que se ejecutan este tipo de providencias en un plano general, es menester entender que la aplicación de este tipo de medidas en estos procesos, particularmente conlleva una mayor exigencia no solo al juez al momento del decreto de estas, sino a la parte que las solicita, dado que en este tipo de procesos se ven involucrados una serie de derechos fundamentales generalizados que pueden ser transgredidos de manera arbitraria sino se adoptan medidas preventivas de manera acertada.

Para poder entender de una mejor forma lo anterior, se debe tener en cuenta que este tipo de acciones, tienen como finalidad la libre y leal competencia económica, y cuyos derechos implicados se ven reflejados en un tipo de mercado determinado, de ahí la esencia de las acciones por competencia desleal, que tienen como fin principal la protección y funcionamiento como desarrollo de la economía frente a un mercado determinado.

Expresado lo anterior, resulta claro que la aplicación de este tipo de medidas no solo tienen la capacidad de afectar a los intervinientes dentro del proceso, sino también a un sector económico, por lo que dicha aplicación se debe hacer con la mayor cautela posible, para efectos generar la menor cantidad de consecuencias negativas dentro del sector en el que se aplique la medida.

La ley 256 de 1996 consagra en su artículo 31, los tipos de medidas cautelares que proceden en este tipo de acciones de la siguiente forma:

“Artículo 31. Medidas Cautelares. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos. No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se registrarán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.”

De lo anterior se desprende que la Ley 256 de 1996, consagra dos tipos de medidas cautelares para ejecutar dentro de esta clase de procesos, consistentes en las medidas de

tramite preferente y las medidas de trámite ordinario; teniendo en cuenta que ambas gozan de ciertas variables para su aplicación y que dicha aplicación muchas veces no se compagina con la finalidad que le atribuye la norma.

4.3.2. Medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente

Este tipo de medidas proceden cuando se presenta una situación de peligro grave e inminente en la posición comercial del demandado. Dicho peligro grave e inminente recae sobre el negocio mismo, es decir, sobre el bien tutelado que en éste caso sería la competitividad.

Tales medidas se presentan cuando, como consecuencia directa o indirecta de la afectación presuntamente ilícita, la parte demandante sufre un desmedro en su actuar comercial que la podría llevar a desaparecer prontamente o a evitar su entrada inmediata al mercado, lo cual en ambos casos constituye una situación de exclusión de mercado.

Para la procedencia de las medidas cautelares enunciadas con anterioridad, debe probarse el peligro grave e inminente, que es el referido a la exclusión de la empresa del mercado, bien sea por una sustracción del mercado o por la constitución de una barrera de entrada al mismo.

Esto se prueba de manera sumaria, pero debe ir acompañado de un relato de hechos que configuren deslealtades, los cuales igualmente deben acompañarse de prueba sumaria,

puesto que tales medidas proceden sin oír a la parte contraria, y basta con la comprobación sumaria de la realización del acto.

Las medidas que se adoptan por el juez de conocimiento, deben encaminarse a erradicar temporalmente el hecho generador de la presunta deslealtad, por tanto, la parte demandante puede solicitar lo que considere procedente y pertinente. Es decir que no existe un límite para la medida a adoptar.

Es importante resaltar que esta clase de medidas contiene una circunstancia de tiempo, que consiste en que puede ser solicitada al juez inclusive antes de ser presentada la demanda, como un trámite independiente sin demanda que la acompañe.

Además, es una medida que se adelanta bajo la responsabilidad del solicitante y, es por esto, que se requiere ser garantizado el daño antijurídico que pueda sufrir el perjudicado por la medida.

4.3.3. Medidas cautelares de trámite ordinario

Esta clase de medidas se encuentran bajo un entorno fáctico de comportamientos desleales que no ponen en peligro la permanencia o entrada de un agente económico al mercado. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que puedan ser presentadas alegando un acto de exclusión de mercado, tales como eran presentadas las medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente.

Estas medidas no tienen carácter preventivo, toda vez que se adelantan con la participación de la contraparte a quien se le traslada la misma, para que opine acerca de su procedencia.

La procedencia de estas medidas cautelares de trámite ordinario se basa en que los hechos narrados en la demanda configuren actos de competencia desleal, los cuales deben ir acompañados de pruebas sobre las cuales ya ha recaído el derecho de contradicción, lo que permite darle más elementos de juicio al juez para decretar las mismas.

4.3.4. La mutabilidad de las medidas cautelares en las acciones por competencia desleal.

Una de las características de las acciones por competencia desleal en materia de medidas cautelares, es que estas son mutables, es decir que pueden ser modificadas, ampliadas o reducidas dependiendo de las circunstancias y pruebas que se van recopilando a lo largo del proceso.

Según lo anterior se debe tener en cuenta que las medidas cautelares en los procesos por competencia desleal, no son las autorizadas de manera taxativa en el C de P C, para los procesos ordinarios o ejecutivos que tienen delimitado su régimen dado que la ley 256 amplía su rango de aplicación y por lo tanto, en materia de medidas cautelares, en procesos por competencia desleal, debe tenerse en cuenta la prueba recaudada o esgrimida, para su decreto o negativa.

Lo anterior se sustenta en la medida en que existen procesos por competencia desleal en los cuales el decreto de medidas cautelares, solo se da después de transcurridos dos años de iniciado el proceso dado que solo en esos lapsos tan extensos se puede concretar y recolectar de manera efectiva pruebas suficientes para el decreto de este tipo de medidas dada las complejidades que surgen en el desarrollo de este tipo de procesos.

4.3.5. Efectos extensivos de las medidas cautelares a terceros dentro de los procesos por competencia desleal.

Desde hace algunos años se ha suscitado dentro de los procesos por competencia desleal, una gran controversia que gira alrededor de la extensión de las medidas cautelares en contra de bienes de terceros que no están involucrados dentro del proceso.

Partiendo de la premisa anterior, se analizará la viabilidad y el alcance que puede generar este tipo de medidas, teniendo en cuenta, los derechos que se ven involucrados en el ejercicio de estas, tales como la propiedad privada, el debido proceso, derecho al trabajo, libertad de empresa, entre otros. Para efectos de poder determinar la legalidad o ilegalidad de este tipo de medidas de las cuales existen algunos precedentes jurisprudenciales.

Desde un plano general, podría pensarse de forma lógica que la extensión de los efectos del decreto de medidas cautelares, podría verse como una violación de un sin número de derechos fundamentales, en la medida en que la finalidad de estas como se menciona en el párrafo introductorio de este capítulo.

Si adoptamos de manera exegética la definición de medidas cautelares dictaminada por el procesalista López Blanco, a primera vista y sin realizar ningún tipo de juicio de interpretación, se podría concluir que es necesario que el sujeto pasivo de la ejecución de dichas medidas ostente la calidad de parte dentro del proceso y, por ende, las medidas que se decreten dentro de este, solo puedan cobijar, aplicar y garantizar los intereses de los partícipes dentro de la disputa en los estrados judiciales.

Dicha situación no desborda la lógica en un contexto normal en una relación jurídica de derecho civil o comercial común. Ahora bien, si se analiza desde un plano económico y de mercado en los cuales existan fines concurreciales, se puede llegar a la conclusión que la extensión de las medidas cautelares, no es una idea desbordada o violatoria de derechos si nos fundamentamos en los siguientes planteamientos.

Según la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sentencia T-2011-224, con magistrado ponente William Namen Vargas, dentro del procesos por competencia desleal adelantado por Ci Guirnaldas en contra de CI Natural Ways, se vinculó a la sociedad Universal Trading Colombia S.A.S., haciendo extensivas las medidas cautelares decretadas en contra de la sociedad CI Natural Ways mediante los siguientes argumentos.

“Por otra parte, considera esta instancia que los argumentos expuestos por la entidad accionada para materializar la diligencia de secuestro y decomiso, no obstante la manifestación de la accionante en el sentido de que los bienes cautelados ya no pertenecían a la sociedad que aparece como demandada, no admiten reparo alguno, habida cuenta que

la superintendencia de industria y comercio expuso en forma seria, amplia y razonada que “el sentido y finalidad de la medida cautelar que se decretó, está encaminada a la protección de un secreto industrial cuya existencia quedo acreditada con el rigor propio del trámite cautelar, protección que se ejecutaría impidiendo la continuidad de la explotación indebida del procedimiento que constituye el referido secreto...” “y por esta razón (...)”, para estos efectos no resulta relevante quien es el propietario de los bienes por que como se precisó, lo que se protegió con la cautela decretada es la no explotación indebida de un secreto por parte de cualquier persona que no sea quien adujo dentro del proceso su propiedad legitima y que fue cobijado por la medida decretada”

“Teniendo en cuenta lo anterior, la orden cautelar se concretara, en primer lugar, en la aprehensión de los bienes empleados para la explotación del secreto que, como en este caso se encuentra acreditado que los bienes empleados por Universal Trading S.A.S. son exactamente los mismos que utilizaba la sociedad demanda para llevar acabo su proceso productivo y que fueron objeto de decreto cautelar.

La anterior afirmación encuentra suficiente sustento en la declaración de la señora Carmen Emilia Olaya Cuadros, representante legal CI Universal Trading, que rindió durante la diligencia de decomiso y secuestro que tuvo lugar el 7 de abril de 2011 en Guarne (Antioquia) la oportunidad en la que afirmo que las actividades de explotación de Ci Universal Trading se desarrollan mediante los mismos elementos productivos que utilizaba la demandada para comercializar las flores preservadas elaboradas con el proceso

productivo de guirnaldas, manifestación que se corrobora en esta oportunidad con el contrato de Know How aportado por la opositora.

Adicionalmente, al pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra la anterior determinación, resolvió no revocarla y negar pro improcedente la alzada, tras argumentar “que lo que debe el asegurar es que los bienes que sean objeto de decomiso deben ser aquellos cobijados por la medida sin importar en cabeza de quien se encuentra la propiedad de los mismos. En todo caso, la sociedad Universal Trading S.A.S. tiene todos los recursos legales y todos los derechos que la ley civil colombiana le otorga a efectos de comparecer dentro de este proceso o ir más allá y hacer valar sus derechos ante la sociedad que, según aduce, le transfirió derechos de propiedad sobre los bienes que hoy son objeto de decomiso.

Bajo las anteriores inferencias se tiene que las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de Junio de 2011, no pueden ser calificadas como abusivas, arbitrarias o caprichosas, sino que obedece a un criterio que, por venir amparado en motivaciones consistentes, escapa por completo al control del juez constitucional, quien no podría imponer ningún tipo de interpretación a los jueces naturales, ni invadir la autonomía de la independencia que la misma constitución política les reconoce.

Así las cosas, se observa que la entidad querellada realizó una razonable interpretación tanto de la situación fáctica como jurídica, de la cual si bien eventualmente puede disentirse, no se erige en razón suficiente para conceder el amparo, pues como de vieja data lo tiene dicho la sala “no constituye vía de hecho las meras discrepancias que se tengan con las

interpretaciones normativas y las apreciaciones probatorias en las decisiones judiciales, por ser ello competencia de los jueces.

Según lo anterior, se puede concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio, sustentó su decisión en normas existentes y constitucionales, toda vez que el artículo 33 de la ley 256 de 1996, dispone que “comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez a instancia de persona legitimada y bajo la responsabilidad de la misma podrá probar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes (...) las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se registrarán por lo establecido en el artículo 568 del código de comercio y en los artículos 678 a 691 del código de procedimiento civil”

Así pues, se puede llegar a la conclusión, que existe la posibilidad de proceder al decomiso y secuestro de bienes que según se pruebe dentro del proceso, sean utilizados para violar la leal competencia con pleno respaldo normativo, esto, por cuanto la remisión al código de procedimiento civil debe comprenderse según el objeto de la ley de competencia.

Absurdo sería afirmar que el estatuto procesal es el límite de las medidas cautelares, por cuanto en dicha codificación, no se hace alusión alguna a la orden de cesar los actos, por ejemplo, siendo esta la primera de todas las medidas que deben adoptarse; cuando la ley faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para adoptar las medidas “pertinentes” bajo un amplio actuar que debe comprender todo lo necesario para “garantizar la libre y leal

competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado”.

El Decreto 1400 de 1970 es simplemente el marco general del procedimiento perfeccionamiento y desarrollo de las distintas medidas, más no es una lista taxativa de las medidas por una razón elemental sustentable en el Decreto 1400 de 1970 no se diseñó pensando en la protección que en 1996 el legislador otorgaría a la competencia desleal.

En cuanto al reproche según el cual existe un tercero dentro del proceso por competencia desleal, debe recordarse que según la Superintendencia de Industria y Comercio, la adopción de este tipo de medidas no se encuentra encaminada a garantizar la integridad del patrimonio como prenda general de los acreedores, evento en el que la propiedad de los bienes objeto del embargo y secuestro al determinar la conformación del patrimonio que pretende protegerse, es un tema de vital importancia, sino que aquella busca evitar la demostrada violación de las normas de competencia, protección que no puede limitarse a la titularidad del derecho de dominio, sino a la comprobación del acto en cuestión.

De llegarse a acoger una tesis contraria, las medidas cautelares en materia de competencia desleal, estarían condenadas al fracaso, pues simplemente, mediante sucesivas ventas de documento privado se permitiría que el titular de los bienes con los que se realizó el acto por competencia desleal, persona que iría cambiando a la sazón de cada contrato consensual, continuara violando la Ley 256 de 1996, en contra de los intereses de quienes participan en el mercado, incluyendo a los consumidores.

Por lo anterior se puede concluir que la extensión de medidas cautelares en contra de terceros en un proceso por competencia desleal, o puede calificarse como una decisión caprichosa y antojada.

Sin embargo, no existe precedente de la Corte Constitucional en cuanto a la interpretación de una situación igual o similar de esta naturaleza.

Por el contrario, abundan decisiones de la jurisdicción civil, donde para proteger el derecho a la competencia, se ordenan medidas contra personas que no son parte dentro del proceso judicial, por ejemplo, cuando se ordena a grandes cadenas de almacenes que se abstengan de vender o comercializar un producto, por considerar que inducen a confusión o engaño o cuando se ordena a una determinada productora de televisión a retirar una propaganda porque se considera que ella resulta contraria al ordenamiento legal por actos de comparación.

Para ejemplarizar lo anterior, en ninguno de los dos casos enunciados previamente, se hace necesario demandar a todos los comerciantes que distribuyen el producto cuya orden emite el juez de competencia; ni demandar a la productora de televisión; pues lo que se busca es que cesen provisionalmente (medidas cautelares) o definitivamente (sentencia) las conductas constitutivas de competencia desleal.

La jurisprudencia colombiana mediante el auto 04 de Noviembre 4 de 2003 estimo la procedencia de las medidas cautelares, las cuales “forman parte de un proceso por

competencia desleal, por lo cual, resulta oportuno anotar que esta Superintendencia y la jurisprudencia nacional han avanzado en sus posiciones, al reconocer que la violación de las normas de derechos relativos a marcas y patentes no excluye la posibilidad de que se inicien investigaciones para verificar si con ese mismo acto [o sea, con la violación de las normas sobre marcas y patentes] se vulneran además las normas de lealtad que deben gobernar las actividades mercantiles”

CONCLUSIONES

La competencia es el modo natural de manifestar la libertad económica y la iniciativa de los agentes económicos que participan o concurren un respectivo mercado. En el estado colombiano, en conformidad con lo establecido por los artículos constitucionales y legales, la iniciativa privada es libre y se ejerce en el marco de una economía social de mercado; y bajo el presente contexto, la libertad y competencia se hacen términos sinónimos. Asimismo, el hombre moderno tiene arraigada en su mente la idea de competencia y la considera un bien adquirido que debe protegerse, por un lado, contra los procedimientos de competencia desleal, y de otro, contra los monopolios y los actos restrictivos de la competencia libre.

Por lo tanto, la competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir la misma cosa: el uno aspira alcanzar lo mismo que aquel otro y viceversa. Cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, la cual puede definirse como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado, el mayor número de contratos con la misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables. La base de la libertad es la libertad de actuación económica. Los agentes económicos tienen la potestad de decidir libremente respecto del precio, calidad y condiciones de los productos que ofrecen.

El estado colombiano posee fundamentos constitucionales, legales, judiciales y administrativos, para lograr la libertad económica y de competencia, y con el transcurso del tiempo se ha visto también en la necesidad de imponer limitaciones a la actividad mercantil, para proteger los legítimos derechos de los agentes económicos contra prácticas desleales, las cuales son objetos de acciones contractuales y judiciales a título indemnizatorio o preventivo, las cuales han sido encaminadas por la jurisprudencia nacional para determinar los alcances formales como sustanciales de la Ley 256 de 1996.

Por otra parte, se debe tener en cuenta el desarrollo realizado en texto relacionado con el tema de las medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal y los alcances que se le está dando a estas en las últimas providencias, respaldadas por conceptos de las altas cortes de nuestro país, lo cual demuestra que ya empieza a existir un respaldo razonable por parte de estas frente a este tipo de procesos.

De tal manera, en el desarrollo del texto aparte del recurso de casación y los tipos de proceso, se considera que es necesario que las altas cortes estén al tanto de este tipo de procesos en la medida en que cada día los factores que generan este tipo de controversias evolucionan y dan pie para que surjan nuevos estudios y se profundice más en una materia que con el paso de los años será, sin temor a equivocarnos la célula del derecho económico, toda vez que en un futuro no muy lejano muchos de los factores que regulan el derecho de los mercados encajarán en un esquema de estandarización y ya solo se dará paso a la

regulación del tema de las maniobras que se realizan dentro de los mercados para poder llegar a la conquista de estos.

Tan acertada se considera esta apreciación, que si el consumidor promedio se toma el tiempo analizar productos que llevan una trayectoria y reconocimiento en el mercado, podrá llegar a la conclusión según la cual estos ya no se centran en una forma relevante de evolucionar, y por el contrario, el productor basado en la estandarización de los productos que maneja, concentra toda su atención en los canales de comercialización de los productos, que ya se encuentran posicionados en el mercado, lo cual se traduciría en una regular definición del derecho de competencia y, los medios utilizados por estos, para poder analizar el tema, partiendo siempre del ámbito macroeconómico, el cual regula los mercados relevantes objeto de este estudio.

Para sustentar lo anterior, solo basta relacionar ejemplos como el mercado de los teléfonos móviles y sus grandes exponentes, como Apple y Samsung, o en el mercado de los automóviles como Toyota y Nissan, las cuales son compañías líderes en sus ámbitos económicos, dado que estos tienen el concepto claro que gran parte del éxito de sus compañías no se limita solo a sus productos, sino al manejo que se les dé a estos dentro del mercado, lo cual reduce todo esto a una sola palabra que es la “competencia”.

Lo especial de las acciones por competencia desleal, a parte del amplio manejo, la especialidad de los conceptos que se deben manejar en el desarrollo de estas, la variedad de acciones, jurisdicciones y tipos de procesos encargadas de solucionar los conflictos que

surgen a partir de este tipo de controversias, los efectos y consecuencias que surgen previamente y al finalizar un proceso por competencia desleal dentro del marco del derecho económico y de los mercados, conllevan a desarrollar un texto que permita entender el desenvolvimiento del tema mediante el paso del tiempo no solo en el ordenamiento jurídico colombiano, sino en otros ordenamientos los cuales fueron base de partida para el desarrollo de este tema que como siempre se enfatizara gira alrededor de un concepto que cada vez es más amplio y tiende a mutar, tal y como lo es el mercado.

Ahora bien, en virtud de la Ley 256 de 1996, se permite establecer que las acciones por competencia desleal, se vislumbran en dos modalidades, especialmente, la acción declarativa, la cual tiene por objeto remover los actos desleales que ocurrieron en un determinado mercado que afectaron los intereses económicos de otros empresarios que ofrecieron un bien o servicio de manera objetiva e imparcial, y procuran que se declare la conducta desleal, y a su vez, la indemnización de perjuicios económicos por la conducta respectiva. En segundo lugar, la acción preventiva, se origina a partir de una amenaza que podría afectar la competitividad en un respectivo mercado gracias al desarrollo de actos desleales ejecutados por agentes económicos que desfavorecen los intereses patrimoniales de otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Cuarta edición, México, 1984.

Camacho, Azula (2000). Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General Del Proceso. Bogotá: Editorial Temis 2000 Séptima Edición.

Corte Constitucional, Sentencia C 291 de 1999. M.P. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Sentencia C 535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C 537 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional, Sentencia C 535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Consejo De Estado, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del Veintisiete (27) de Julio de 2007.

Corte Constitucional, Sentencia C 649 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

Consejo De Estado, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del veinticinco (25) de Mayo de 2011.

Consejo De Estado, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del veinticinco (25) de Mayo de 2011.

Devis Echandía, Hernán. (2009). Nociones general de derecho procesal civil. Bogotá: Editorial Temis, Segunda Edición.

Jaeckel Kovacs, Jorge (2008). Apuntes sobre competencia desleal. Bogotá: Revista Cedec.

Lara Velardo, Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, Tercera edición, San Salvador.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual Resolución. Resolución N° 077. Lima (1998).

Lima. Congreso de la República del Perú. Comisión ordinaria. Decreto Ley 26122. (2011).

López Blanco, Hernán Fabio (1998). Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General - Tomo I. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Mantilla, Ricardo. (1982). Derecho Mercantil. México D.F: Editorial Porrúa Vigésimo Segunda Edición.

Miranda Londoño, Alfonso (1989). El derecho de la competencia en Colombia. Bogotá: Revista de Derecho Económico, n° 9.

Miranda Londoño, Alfonso (2002). El régimen general de la libre competencia. Bogotá: Revista Cedec.

Palacio, Luis Esteban. (2003). Manual de derecho procesal civil. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Décimo Séptima Edición.

Rico Puerta, Alonso (2006). Teoría general del proceso. Medellín: Editorial Comlibros 2ª Edición.

Superintendencia De Industria Y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal. Sentencia 004 de 2006. Bogotá 2 de Marzo de 2006

Superintendencia De Industria y Comercio, Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia 388 de 2011. S.D. Dionisio Manuel de la Cruz Camargo

Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal.
Concepto 6027904 del 31 de Mayo de 2006. S.D. Mateo Vargas Pérez.

Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal.
Resolución No 509 del 23 de Enero de 2004.

Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal.
Sentencia 004 del 20 de Octubre de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal.
Sentencia 005 del 30 de Noviembre de 2005.

Superintendencia de Industria y Comercio, Grupo de trabajo de competencia desleal.
Resolución 10030 del 10 de Mayo de 2004.

Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, M.P. César Julio Valencia Copete.
Sentencia del nueve (9) de Marzo de 1994.

Velandia, Mauricio. (2011). Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá:
Editorial Universidad Externado de Colombia 2ª Edición.

Vergez, Mercedes (1991) Competencia Desleal por Actos de Engaño. Lima: Editorial
Sista Cuarta Edición.

