

**LA DESLEALTAD EN LA COMPETENCIA
DESLEAL**

**QUÉ ES, CÓMO SE ESTABLECE EN LAS NORMAS,
QUÉ SE DEBE PROBAR Y QUIÉN LA
DEBE PROBAR**

JORGE JAECKEL KOVÁCS
CLAUDIA MONTOYA NARANJO

RESUMEN

No cabe duda que la competencia desleal es una de las instituciones más complicadas de regular para el Legislador y más gaseosas y difíciles de interpretar para las partes y para quienes tienen la labor de aplicar las normas. Lo anterior se explica en razón al peso que dentro de la competencia desleal tienen la noción de lealtad y su contraparte la deslealtad, las cuales envuelven un componente ético y de valoración subjetiva -e incluso sentimental- que al tiempo que dificultan su aplicación, convierten la competencia desleal en una figura atractiva y seductora para las partes.

El estudio que acá se presenta analiza la noción de deslealtad, para lo cual se parte por establecer cuál es el bien jurídico tutelado por las normas sobre competencia desleal, para posteriormente estudiar los factores comunes que tienen los supuestos expuestos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996, su naturaleza jurídica y su alcance.

El tema central del estudio se aborda en la tercera parte del ensayo, en el que se analiza a profundidad la cláusula general de competencia desleal, ahondando en la noción de buena fe comercial y planteando, por primera vez, si el principio de la buena fe comercial hace referencia a un análisis objetivo del comportamiento del demandado o si, por el contrario, corresponde a un concepto subjetivo que obliga a demostrar la conciencia con la que actúa la parte demandada. Finalmente, se aborda el tema de las cargas probatorias que se generan para las partes en el proceso.

Palabras clave: Competencia Desleal, Ley 256 de 1996, deslealtad, presunciones, buena fe, inversión de la prueba, bien jurídico tutelado.

UNFAIRNESS IN UNFAIR COMPETITION: WHAT IT IS, HOW LAW ESTABLISHES IT, WHAT HAS TO BE PROVEN AND WHO MUST PROVE IT

ABSTRACT

There is no doubt that unfair competition is one of the most complicated institutions to regulate, and one of the most gaseous and difficult matter to interpret for the parties and for those to whom has been entrusted the task of implementing it. The difficulties may be explained because, when talking about unfair competition, loyalty and disloyalty are weighted differently, and both

criteria involve an ethical component, as well a subjective evaluation and even a sentimental approach that make more difficult the implementation of the figure. All above turn the institution into a gripping and seductive issue.

This essay provides a notion of loyalty and disloyalty. It starts by establishing what unfair competition law is meant to protect. Then, the analysis highlights common factors that the assumptions set out from Articles 8 to 19 of Law 256 of 1996 have, and also provides explanation about them, their nature and scope of application.

The main topic comes in the third part of the essay and refers about the general clause of unfair competition in depth. This chapter offers a point of view about the meaning of good faith and answers if in commercial law the principle of good faith requires an objective scrutiny of defendant's behavior or, on the contrary, corresponds to a subjective concept that forces to demonstrate that defendant has acted according to his own consciousness and personal belief. Finally, this part addresses the issue of burden of proof during the investigation.

Key words: *Unfair competition, Law 256/96, disloyalty, presumptions, good faith, reverse burden of proof, protected legal interest.*

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la competencia desleal es una de las instituciones más complicadas de regular para el legislador y más gaseosas y difíciles de interpretar para las partes y para quienes ha sido encomendada la labor de aplicar sus normas. Lo anterior se explica en razón al peso que dentro de la competencia desleal tie-

nen la noción de lealtad y su contraparte la deslealtad, las cuales, querámoslo o no, siempre envuelven un componente ético y de valoración subjetiva –e incluso sentimental– que al tiempo que dificultan su aplicación, convierten la competencia desleal en una figura atractiva y seductora para las partes.

El estudio que acá se presenta analiza la noción de deslealtad, para lo cual se parte por establecer cuál es el bien jurídico tutelado por las normas sobre competencia desleal, para posteriormente estudiar los factores comunes que tienen los supuestos expuestos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996, su naturaleza jurídica y su alcance.

El tema central del estudio se aborda en la tercera parte del ensayo, en la que se analiza a profundidad la cláusula general de competencia desleal, ahondando en la noción de buena fe comercial y planteando, por primera vez, si el principio de la buena fe comercial hace referencia a un análisis objetivo del comportamiento del demandado o si, por el contrario, corresponde a un concepto subjetivo que obliga a demostrar la conciencia con la que actúa la parte demandada. Finalmente, basado en todo lo anterior, el estudio se enfoca en las cargas probatorias que se generan para las partes en el proceso.

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

Tal como su nombre lo indica, las normas sobre competencia desleal buscan preservar la lealtad en los mecanismos que se utilizan para competir en el mercado, lo cual conduce a que la competencia en el mercado sea libre, gracias a que a través de la represión de los actos de competencia desleal se consigue “*la preservación de un mercado transparente*”¹.

1 Corte Constitucional, sentencia C-649-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Lo anterior se refleja en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, el cual establece que “[s]in perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal (...)”, con lo que el legislador es claro en determinar que, independientemente de que una conducta pueda ser violatoria de una norma distinta a la propia Ley 256 de 1996, si la conducta analizada corresponde a un acto de competencia que es calificable como desleal, la conducta será catalogada como de competencia desleal.

Ahora bien, para que un acto pueda ser constitutivo de competencia desleal, el mismo debe reunir dos elementos fundamentales: (i) un acto de competencia; y (ii) que ese acto de competencia sea calificable como desleal. “Si la competencia que se desarrolla no es desleal, no habrá lugar a descalificar la conducta, lo cual tampoco sucederá si la conducta es desleal, pero no corresponde a un acto de competencia”².

Siendo indispensable que la conducta que se cuestiona sea un acto de competencia, el mismo debe tener una “finalidad concurrencial”³, es decir, debe ser un acto con el que sea posible acceder o participar en el mercado. En este sentido, la clientela se puede atraer mediante la oferta de un producto nuevo, suministrando un producto en un mercado monopólico o, como suele ser lo usual, desviando la clientela de un competidor y atrayéndola hacia la oferta propia.

2 Jaeckel, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal©. En www.jaeckelmontoya.com

3 Ley 256. Artículo 2. “Ámbito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”

Así las cosas, “*la competencia desleal evalúa los medios empleados para competir y atraer la clientela, más no la finalidad de desviación de la misma, pues como se ha dicho, la intención de desviar la clientela ajena es un fin lícito que informa en buena medida al comercio y a la economía*”⁴.

En consecuencia, no cabe duda que el bien jurídico tutelado por la competencia desleal es precisamente la lealtad que debe revestir a los medios empleados para competir en pro de la libertad de competencia, por lo cual si esa lealtad se infringe, independientemente de que también se infrinjan otras disposiciones, la conducta será constitutiva de competencia desleal.

EL ELEMENTO DESLEALTAD EN LAS CONDUCTAS ENUNCIADAS EN LOS ARTÍCULOS 8 A 19 DE LA LEY 256 DE 1996

Siendo claro que el bien jurídico que tutela la competencia desleal es la lealtad en el mercado, es forzoso concluir que el elemento común que se debe presentar en todas las conductas que se describen en la ley es la deslealtad, pues si ello no fuera así, dichas conductas no habrían sido previstas dentro de la ley de competencia desleal.

Sin embargo, existiendo una enunciación de conductas, la duda que se presenta es si los casos que cita la ley en sus artículos 9 a 19 son: (i) tipificaciones de actos desleales; (ii) hipótesis frente a las cuales el demandante debe probar la deslealtad de la conducta del demandado; o (iii) presunciones de deslealtad que invierten la carga probatoria y obligan al demandado a demostrar la lealtad de su comportamiento.

Bajo el primer supuesto, es decir, si se considera que las conductas enunciadas son tipificaciones de actos desleales, la consecuencia que se sigue es que cada vez que se cumplan los supuestos

4 JAECKEL, JORGE, *op. cit.*

que se presentan en las normas, la conducta será calificada como desleal, sin que sea posible presentar ningún tipo de defensa diferente a la no realización de la conducta o a la no generación de los efectos previstos por la norma (confusión, engaño, descrédito, desorganización, etc.).

Así, por ejemplo, frente a un acto que por cualquier razón genera desorganización en la empresa rival, la única defensa del demandado será probar que el acto no se realizó o que la desorganización no se produjo. Igual sucede frente a las normas de aprovechamiento de la reputación ajena, cuando quiera que un tendero anuncia la compatibilidad de sus productos con los de la marca líder del mercado, pues en ese caso se está generando una relación con la marca líder, que quiérase o no, genera un aprovechamiento de esta, en razón del atractivo que envuelve su mención.

Como lo demuestra la experiencia, existen muchas circunstancias de mercado en las que los supuestos previstos en las normas se pueden presentar y que a pesar de ello la conducta realizada no sea desleal. Ejemplo de lo anterior son los casos arriba citados, los cuales si se evaluaran simplemente con base en si el supuesto que prevé la norma se realizó, indudablemente tendrían que ser condenados. Dado que lo anterior resulta injusto, irreal y desproporcionado, la tesis de la tipicidad de las conductas resulta indeseable.

Bajo el segundo supuesto, la realización de los supuestos previstos en la norma no bastarían, sino que adicionalmente, en cada caso, el demandante tendría que probar la deslealtad de la conducta del demandado. Esta posición, que surge como una oposición a la tesis según la cual las conductas son presunciones (tercer supuesto), fue expuesta recientemente por el Tribunal Superior de Bogotá, quien dijo al respecto lo siguiente:

“6. Bien, retomando el eje central de análisis, lo que debe ser determinante para definir la suerte de la instancia, es el carácter desleal o no que haya

tenido la actuación competitiva de la parte demandada, que es donde realmente radica la protección prodigada por la Ley 256 de 1996 (...)
(...)

Se precisa al respecto que, en todo caso la conducta o el acto de desorganización debe siempre involucrar un comportamiento (i) desleal, (ii) surtido en el mercado y (iii) con fines concurrentiales. Debe advertirse que el artículo 9° en comento no contiene una presunción de deslealtad como parece inferirlo por la sola inclusión de la expresión “se considera desleal”, pues si el efecto desorganizacional sufrido por el demandante no proviene de una conducta desleal del demandado, no se está en presencia de una conducta censurable con base en la Ley 256 de 1996.

La desorganización de una empresa puede ser efecto también de las fuerzas del mercado ante las cuales cede y resulta combatido el competidor con menores posibilidades de captar la preferencia del consumidor, sin que ello sea de suyo desleal.

En este sentido, pronunciamientos de la jurisprudencia española, coinciden en que el cambio de empleador no conlleva por sí solo un acto de competencia desleal, tesis que esta Sala comparte, y por lo mismo en cada caso concreto deben examinarse las circunstancias que rodearon el desplazamiento de personal (...)⁵ (Negrillas y subrayado fuera del texto. Se omiten citas).

Esta posición del Tribunal se ubica en el extremo opuesto a la de considerar las hipótesis planteadas en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996 como tipificaciones de conductas desleales, pues mientras en ese caso basta con que se cumplan los supuestos previstos en cada norma para que el acto sea calificado de desleal, en este nuevo supuesto la realización de la conducta descrita en la norma no es suficiente, toda vez que el demandante también deberá probar que el comportamiento del demandado fue desleal.

Si bien coincidimos con que las descripciones que traen los artículos 8 a 19 no son tipificaciones de conductas desleales, pues

5 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M.P. Ruth Elena Galvis Vergara. 28 de agosto de 2013. Expediente 110013199001200537663 04.

no es extraño que los efectos que en ellas se prevén se presentan sin que el actuar del demandado haya sido desleal, discrepamos de la posición del Tribunal en cuanto a que descarta que esas descripciones constituyan presunciones y al negar cualquier efecto a la frase “*se considera desleal*” que precede a los supuestos que ellas se establecen.

La competencia desleal es una regulación del comercio, en el que una de sus principales características es su dinamismo. Como consecuencia de ese dinamismo, para el legislador es imposible anticipar en una ley todas las conductas que en el futuro puedan existir y puedan ser desleales. Consciente de lo anterior, el legislador colombiano, a tono con la tendencia mundial, en forma acertada estableció en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996 una cláusula general que contiene la noción de deslealtad que desarrolla la ley y en los artículos 8 a 19 una serie de ejemplos de conductas que suelen ser desleales.

Así, la ley, “*a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones*”⁶, concluyó que cuando quiera que se presentan los supuestos de hecho contenidos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996, normalmente el actuar de quien incurre en dichas conductas es desleal, creando de esta forma verdaderas presunciones legales de deslealtad.

Es de anotar que el hecho de que en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996 no se utilice la expresión “se presume”, no desvirtúa el que dichas normas hayan establecido presunciones legales, pues conforme al artículo 66 del Código Civil, los artículos citados establecen en cada uno de ellos el hecho conocido (por ejemplo: confusión, engaño, descrédito, desorganización) del cual se sigue la consecuencia presumida por la misma norma, es decir la deslealtad.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-374-02. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El que el legislador haya establecido en los artículos 8 a 19 una serie enunciativa de presunciones legales de deslealtad, trae consigo dos consecuencias importantes:

1. Hace que la deslealtad sea un elemento que “*se irradia y se encuentra incurs[o] en la esencia de todos los casos que contemplan los artículos 8 a 19, siendo apenas obvio, por no decir necesario, que cada vez que se infrinja una de esas disposiciones, se infrinja también el artículo 7, sin que haya una sola norma que impida que se apliquen simultáneamente las dos disposiciones que se consideran transgredidas, si así lo solicita el accionante*”⁷.
2. Invierte la carga de probar la deslealtad de la conducta, de tal forma que estará a cargo del demandante probar los supuestos previstos en el hecho base de la presunción y el demandado tendrá la posibilidad de desvirtuar el hecho presumido, probando que a pesar de que los supuestos que conforman el hecho base se presentan, de todas formas su actuar no fue desleal.

La fijación de presunciones legales en los artículos 9 a 18 de la Ley 256 de 1996 es acorde con la realidad del mercado, pues como lo ha sostenido el Tribunal Superior de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio⁸, pueden existir comportamientos que generen los efectos previstos en la norma, pero que a pesar de ello no sean desleales, sino efectos naturales de la competencia en el mercado. Así, por ejemplo, un acto que realiza

7 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, Bogotá, D.C., 8 de abril de 2011. Radicación No. 110013199001200431702 01.

8 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias 3300 de 2012 de la SIC y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. M.P. Ruth Elena Galvis Vergara, 10 de mayo de 2010. Radicación 110013103027200000907-02.

un participante en el mercado puede generar desorganización en la empresa de un competidor y a pesar de ello no ser desleal; al igual que una persona puede mencionar en su publicidad la compatibilidad de sus productos con los de un tercero, y en sentido estricto aprovechar su reputación, pero si tal mención no es a título de marca, el acto no será desleal.

En este sentido, la deslealtad de la conducta es un elemento que está presente en el acto para que sea condenado, solo que, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal en la sentencia citada, la ley lo presume, estando a cargo del demandado desvirtuarlo demostrando la lealtad de su actuar.

Finalmente, el hecho de que los artículos 8 a 19 establezcan presunciones legales y que por tal razón se invierta la carga probatoria, es acorde con la justificación constitucional que deben tener las presunciones, pues existe una *“razonable correspondencia entre la experiencia - reiterada y aceptada”* que prevé la deslealtad que se presume de los hechos base previstos en las disposiciones citadas y que *“justifica la creación de la presunción legal y la consecuente redistribución de las cargas procesales”*⁹.

LA NOCIÓN DE DESLEALTAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMERCIAL

Como se afirmó, para que una conducta sea constitutiva de competencia desleal, es indispensable que el acto de competencia que se cuestiona sea calificable como desleal, pues como se dijo, la noción de deslealtad está inmersa en todas las conductas descritas en la ley.

Siendo las hipótesis contenidas en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996 presunciones de deslealtad, es posible que en un caso dado los supuestos que conforman el hecho base de la presunción

9 Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

se encuentren acreditados y que a pesar de ello el acto cuestionado no sea desleal, por lo cual estará a cargo del demandado demostrar la lealtad de su comportamiento y de esa forma desvirtuar el hecho presumido –deslealtad– de la presunción legal.

Así las cosas, si la deslealtad es el elemento común que se presenta en todos los supuestos de competencia desleal y si una de las posibilidades del demandado es demostrar la lealtad de su comportamiento para desvirtuar el hecho presumido contenido en las normas, determinar el alcance de la noción de deslealtad contenido en la Ley 256 de 1996 resulta ser indispensable para evaluar la conducta del demandado.

En este orden de ideas, el inciso primero del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 establece el siguiente mandato categórico e ineludible: “*PROHIBICIÓN GENERAL. Quedan **prohibidos** los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en **todas sus actuaciones** el **principio de la buena fe comercial**.”*

Como se observa, el inciso primero del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 contiene dos elementos fundamentales: por una parte establece una prohibición categórica –incurrir en actos de competencia desleal– y, adicionalmente, establece que el patrón de conducta que deben respetar los participantes en el mercado en todas sus actuaciones es el principio de la buena fe comercial.

En consecuencia, entre el principio de la buena fe comercial y la evaluación de la lealtad de la conducta que se desarrolla en el mercado existe un nexo inescindible, por lo que será leal la conducta que se ajusta al principio de la buena fe comercial y, por el contrario, será desleal el actuar de mercado que resulta contrario a ese principio.

Frente a este punto, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 8 de abril de 2011 ya citada, se refirió al vínculo existente entre la lealtad y el principio de la buena fe en los siguientes términos que resulta oportuno reiterar:

“[L]a competencia desleal tienen un contenido jurídico, pero eminentemente ético como lo señalara la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del año de 1.958¹⁰ al decir que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

La buena fe comercial que señala el art. 7 se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.¹¹

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de junio de 1958 señaló como los conceptos de lealtad y buena fe se interrelacionan en providencia que conviene recordar. Dijo la Corte:

‘... La expresión “buena fe” (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

... Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1958.

11 MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *op. cit.*, pág. 289. Corte Constitucional, sentencia T-469 del 17 de julio de 1992. Corte Constitucional, sentencia C-524/95 del 16 de noviembre de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Valencia Zea, citado por Ortega Torres, Jorge, Código Civil Comentado. Editorial Temis, 16ª edición Bogotá, 1983, pág. 329.

ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

*Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.*¹²

Por ello como lo sostiene autorizada doctrina “el elemento deslealtad que debe revestir el acto de competencia para que su actor pueda ser censurado por haber incurrido en competencia desleal, hace referencia a que dicho actuar sea contrario al principio de buena fe, el cual rebasa los contenidos típicos de las normas, para fundar su sustento en la confianza en el respeto por los parámetros éticos y moral que imperan en la sociedad.”¹³ (Negritas y subrayado fuera del texto.)

Ahora bien, es de resaltar que el inciso primero del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 NO establece que los participantes deban actuar de buena fe, sino que la norma es categórica y tajante en señalar que “[l]os participantes en el mercado deben **respetar** en todas sus actuaciones el **principio** de la buena fe comercial”, aspecto que el legislador reafirma en el inciso segundo del mismo artículo al señalar que “se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, **cuando resulte contrario** a (...) al **principio** de la buena fe comercial”.

12 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de junio 23 de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

13 JAECKEL, JORGE. Apuntes sobre competencia desleal.

Esta descalificación que hace la ley cuando quiera que el comportamiento cuestionado sea contrario al principio de la buena fe, y no simplemente a que el comportamiento del demandado deba ser de buena fe, tiene una singular importancia, pues crea un patrón objetivo de comportamiento.

En efecto, la referencia al principio de la buena fe comercial que trae la Ley 256 de 1996 no hace referencia a la buena fe subjetiva, es decir, a aquella que “*propende por el respeto –o tutela– de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una **creencia o confianza** específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido **de estar actuando con arreglo a derecho**, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo (‘actitud de conciencia’ o ‘estado psicológico’) ’*¹⁴, sino a la buena fe objetiva.

Si el patrón de evaluación de la conducta del demandado fuera la buena fe subjetiva, el demandado siempre podría excusar su comportamiento argumentando que en su fuero interior tenía el convencimiento o la creencia de estar actuando conforme a derecho, lo cual haría que la libertad de competencia siempre pudiera ser obstruida, en contra de lo previsto por el artículo 1 de la Ley, norma que establece que el objeto de la Ley 256 de 1996 es “*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*”.

Ahora bien, respecto del alcance y contenido de la buena fe objetiva, la doctrina autorizada ha explicado su alcance en los siguientes términos:

“[E]n relación con la buena fe objetiva es importante precisar que ésta, corresponde, por una parte, a un concepto técnico-jurídico referido a la

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001, Ref.: Expediente No. 6146.

conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, noción ésta que corresponde al concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas y, por otra, la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. Este último es un principio “dogmático” o “sistemático”, el principio de la buena fe, que debe irradiar la interpretación de todo el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, es, en algunas legislaciones, fuente de derecho, como principio general (...)”¹⁵. (Negritas y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, la noción de lealtad encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, por lo cual incurrir en competencia desleal quienes en sus actuaciones violan dicho deber, es decir, quienes actúan de manera contraria a la forma corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles, sin tener en cuenta si esas personas en su fuero interior creían –equivocadamente– estar obrando conforme a derecho.

LAS CARGAS PROBATORIAS

Una de las razones por las cuales la Ley 256 de 1996 crea en los artículos 8 a 19 una serie de presunciones legales, responde a que la experiencia del legislador le ha indicado que cuando se presentan una serie de conductas (por ejemplo: confusión, descrédito o engaño), el comportamiento de quien las realiza suele ser desleal. En este sentido, la ley invierte las cargas probatorias que normal-

15 SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 2004, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia, págs. 287-288.

mente se presentarían en el proceso, obligando al demandante a probar los hechos base de los cuales parte la presunción y facultando al demandante para desvirtuar la deslealtad de su conducta, lo que consigue probando que su comportamiento fue leal, pues el mismo no resulta contrario a la forma corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, conforme al estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles imperantes en el mercado.

Así las cosas, frente a los supuestos contenidos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996, el demandante deberá probar que, por ejemplo, el comportamiento demandado genera confusión o engaño en el mercado, o que resulta en una desviación de la clientela ajena en forma contraria a las sanas costumbres mercantiles, mientras que si el cuestionamiento se enfoca frente al inciso primero del artículo 7, en el expediente deberá estar acreditado el comportamiento del demandado y el análisis se centrará en determinar si ese comportamiento es contrario al principio de la buena fe comercial.

Finalmente, es de reiterar que un comportamiento determinado puede enmarcarse bajo el artículo 7, por ser contrario a la forma corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, y simultáneamente en uno o más de los supuestos contenidos en los artículos 8 a 19, pues como lo expresó el Tribunal Superior de Bogotá, “[es] apenas obvio, por no decir necesario, que cada vez que se infrinja una de esas disposiciones [se refiere a los artículos 8 a 19], se infrinja también el artículo 7, sin que haya una sola norma que impida que se apliquen simultáneamente las dos disposiciones que se consideran transgredidas, si así lo solicita el accionante”¹⁶.

16 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, Bogotá, D.C., 8 de abril de 2011. Radicación No. 110013199001200431702 01.

