

## **APUNTES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL DOTEL**

**Por : JORGE JAECKEL KOVACS  
JORGE JAECKEL ABOGADOS  
E-mail: [jorge@jaeckelabogados.com](mailto:jorge@jaeckelabogados.com)  
[www.jaeckelabogados.com](http://www.jaeckelabogados.com)  
Carrera 9 No. 94A-32 Oficina 308  
Bogotá, Colombia  
Tel. : (57-1) 622-78-92  
Fax : (57-1) 622-77-05**

### **1. JUSTIFICACION DE UNA NUEVA NORMA QUE REGULE LA COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA**

1.1 Las normas sobre competencia desleal que contenía el Código de Comercio se aplicaban solamente a los comerciantes.

1.2 No existía una posición definida acerca de si la acción de competencia desleal que contemplaba el Código de Comercio era indemnizatoria o de peligro.

1.3 Hasta antes de la Sentencia del 12 de septiembre de 1.995 se consideraba que no existía un mecanismo que permitiera prevenir una práctica constitutiva de competencia desleal antes de que ésta ocurriera.

### **2. NOCIONES PREVIAS**

2.1 Dificultad del tema.

2.2 Noción de competencia.

2.3 Objetivo que buscan los participantes en el mercado.

2.4 Los modelos de competencia desleal.

2.4.1 El modelo Paleoliberal.

2.4.2 El modelo profesional.

2.4.3 El modelo social.

### **3. LA NOCION DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA NUEVA LCD**

3.1 Mezcla de modelos.

3.2 El bien jurídico tutelado por la LCD y su diferencia con las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.

### **4. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LCD**

4.1 El objeto de la ley.

4.1.1 La LCD es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección.

4.1.2 El objeto que tutela la LCD es la libre y leal competencia económica.

4.1.3 La LCD beneficia a todos los que participan en el mercado.

4.1.4 La LCD y el artículo 10 Bis del Convenio de París.

4.2 El ámbito objetivo de aplicación y los fines concurrenciales.

4.2.1 Que el acto se realice en el mercado.

4.2.2 Los fines concurrenciales.

4.3 El ámbito subjetivo de aplicación.

4.4 Ambito territorial de aplicación.

4.5 Las prestaciones mercantiles.

4.6 Principios de interpretación (Artículo 6º).

## 5. CONDUCTAS ESTABLECIDAS POR LA LCD COMO CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL

5.1 La cláusula general de competencia desleal.

5.1.1 Se ratifica la prohibición del artículo 1º.

5.1.2 Se mezcla el modelo profesional y el social.

5.1.3 La buena fe comercial.

5.1.4 Las sanas costumbres mercantiles

5.1.5 Los usos honestos en materia industrial o comercial.

5.1.6 Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.

5.1.7 El funcionamiento concurrencial del mercado.

5.2 Las conductas específicamente consideradas por la LCD como constitutivas de competencia desleal.

5.2.1 Actos de desviación de la clientela (Artículo 8º).

5.2.2 Actos contrarios a la estructura del competidor o a las relaciones por él establecidas (Artículos 9º, 16 y 17º).

5.2.3 Prácticas de imitación (Artículos 10, 14 y 15)

5.2.4 Actos de engaño, descrédito y comparación (Artículos 11, 12 y 13).

5.2.4

5.2.5 Actos contra el mercado (Artículos 18 y 19).

## 6. LAS ACCIONES JUDICIALES

6.1 La acción declarativa y de condena (Artículo 20, Numeral 1º).

6.2 La acción preventiva o de prohibición (Artículo 20, Numeral 2º).

6.3 El sujeto activo de las acciones (Artículo 21).

6.4 El sujeto pasivo (Artículo 22).

6.5 Prescripción de las acciones (Artículo 23).

## 7. DISPOSICIONES PROCESALES

7.1 Competencia territorial (Artículo 25)

7.2 Diligencias preliminares de comprobación.

7.2.1 Diferencias con otras figuras.

7.2.2 Trámite de las diligencias previas.

7.3 Las medidas cautelares (Artículo 31).

7.3.1 Especialidad en materia probatoria (Artículo 32).

8. VIGENCIA DE LA LCD (Artículo 33)

9. CONCLUSIONES

## JUSTIFICACION DE UNA NUEVA NORMA QUE REGULE LA COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA

No obstante que hasta antes de la expedición de la LCD existía en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas que tenían que ver con competencia desleal, el tema se encontraba principalmente regulado en el Código de Comercio, el cual, después de establecer en el numeral sexto del Artículo 19 como obligación de todo comerciante el abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal, se encargaba de desarrollar dicha figura en el Título Quinto, del Libro Primero.

Desafortunadamente la regulación del Código de Comercio fue poco y difícilmente aplicable, por lo cual las víctimas de actuaciones constitutivas de competencia desleal se encontraban en una posición de inferioridad e indefensión frente a los competidores que desviaban indebidamente su clientela.

Esta situación se originaba en tres factores principales:

Las normas sobre competencia desleal que contenía el Código de Comercio se aplicaban solamente a los comerciantes; Tan sólo hasta 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 Corte 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; y Como consecuencia de lo anterior, durante 20 años se presentaron tesis encontradas en la doctrina; mientras algunos opinaban que era necesario que la conducta fuera cometida con dolo o culpa, otros pensaban que se trataba de una institución que preveía una responsabilidad objetiva. Las normas sobre competencia desleal que contenía el Código de Comercio se aplicaban solamente a los comerciantes. 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 doctor Nestor Humberto Martínez N. 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 C.Pen.), 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. 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 (art. 2341 y concordantes del C.C.), si es el caso."

Esta posición coincidía con la expresada por el Comité de Rifas, Juegos y Espectáculos del Distrito Especial de Bogotá, Entidad que se abstuvo de sancionar por competencia desleal a CAFAM, por no ostentar dicha caja de compensación familiar la calidad de comerciante.

"Esta Institución comercial (la competencia desleal -añadimos) fue creada para los comerciantes, no está incluida para los no comerciantes y por consiguiente no le es aplicable (a CAFAM). (...) Finalmente registramos que las normas que prohíben, que limitan y sancionan actos de comercialización no se pueden aplicar por vía de analogía, sino de manera restrictiva, por expreso mandato legal."

El Tribunal Superior de Bogotá compartió la posición según la cual los sujetos involucrados en la competencia desleal debían ser comerciantes. En sentencia del 23 de marzo de 1994 el mencionado Tribunal, refiriéndose al señor Felipe Santos Calderón, manifestó lo siguiente:

"En efecto, requiriéndose como exigencia sine qua non que esa deslealtad emane de un competidor, lo cierto es que el primero de los citados (Felipe Santos Calderón -añadimos-) no es comerciante, ni por ende, puede ser competidor de la demandante (...) deben entonces ser excluidos, para los fines de la competencia

desleal endilgada, los demandados anteriormente citados (Felipe Santos Calderón y Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. -añadimos-)."

Dado que en el mercado se pueden presentar actuaciones de personas que sin ser comerciantes compiten deslealmente y que según lo expuesto no podían ser demandados con éxito por competencia desleal, se hacía necesario concebir legalmente la competencia desleal como una institución que sancionara las prácticas desleales en que incurre cualquier competidor, independientemente de que fuera o no comerciante.

Este sólo factor justificó la expedición de una nueva ley que previera esta situación y que modificara la limitación que en tal sentido establecía el Código de Comercio.

No existía una posición definida acerca de sí la acción de competencia desleal que contemplaba el Código de Comercio era indemnizatoria o de peligro. Una de las principales razones por las que la competencia desleal era una figura inoperante, se centraba en las consecuencias que se generaban por la forma como estaba consagrada su acción en el Artículo 76 del Código de Comercio.

Hasta antes de que la Corte Suprema de Justicia expidiera la sentencia del 12 de septiembre de 1.995, la jurisprudencia de los Tribunales (especialmente el de Bogotá) había sido prácticamente unánime en afirmar que la acción de competencia desleal era una acción indemnizatoria. Lo que es más, la misma Corte al estudiar la exequibilidad de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio afirmó:

"Si bien el artículo 75 define varios casos de competencia desleal, las normas del 76 (...) se limitan a señalar su efecto en el campo del Derecho Privado, que no es cosa distinta a la indemnización de perjuicios."

De lo anterior se concluía que la acción se encontraba en cabeza de quien había sido perjudicado por actos de competencia desleal, lo cual dificultaba su aplicación, pues quien pretendiera obtener un resultado favorable en un proceso debía probar los perjuicios sufridos como consecuencia de un acto culposo o doloso del demandado .

Al respecto vale la pena anotar que en los procesos por competencia desleal demostrar el nexo de causalidad entre la conducta desleal y la cuantía del daño ocasionado con ocasión de ésta es supremamente complicado, lo cual generó que en la práctica los afectados prefirieran escoger otros caminos para defender sus intereses.

La tesis según la cual el artículo 76 del Código de Comercio establecía la acción de competencia desleal en cabeza del "perjudicado" por la conducta desleal, es decir, en cabeza de quien había sufrido un daño cierto, fue revaluada por la misma Corte Suprema en la sentencia del 12 de septiembre de 1.995. Al respecto dijo la Corte:

"Una cabal hermenéutica de este precepto (Artículo 76 del Código de Comercio -añadimos-) obliga de una vez por todas a entender por perjudicado, no al comerciante víctima de un daño con tal entidad, causado por los actos desleales del

competidor, sino al que está colocado en la posición de recibirlos dada la idoneidad de la conducta desplegada por este último y que implica un riesgo actual para él por la sola capacidad intrínseca de producir esa clase de daños."

Aún cuando no comparto la tesis de la Corte según la cual por perjudicado no se debe entender quien ha sufrido un perjuicio cierto, sino aquel que está colocado en la posición de sufrirlo, la realidad es que dicho Tribunal sentó una posición que en la práctica protegía a quienes se veían perjudicados por actos de competencia desleal, evitando que éstos demostraran el daño cierto sufrido, pues por más de 25 años imperó la tesis contraria, es decir, que para que prosperara la acción de competencia desleal era necesario probar la culpa o el dolo del demandado, los perjuicios ciertos sufridos por la víctima y el nexo de causalidad existente entre estos últimos y la conducta desleal en que había incurrido el demandado.

En todo caso la diversidad de posiciones justificaba plenamente la modificación del artículo 76 del Código, modificación que ya se encontraba en curso al proferirse la sentencia de la Corte.

Hasta antes de la Sentencia del 12 de septiembre de 1.995 se consideraba que no existía un mecanismo que permitiera prevenir una práctica constitutiva de competencia desleal antes de que ésta ocurriera.

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:

"El legislador contemplando y previendo la posibilidad de que durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de un proceso y su finalización sobrevengan 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 (...)"

Siendo las medidas cautelares una posibilidad accesoria al proceso principal de competencia desleal, las mismas buscaban prevenir que se siguieran ocasionando perjuicios, así como garantizar la efectividad de la sentencia. En tal sentido quien podía solicitar que éstas se practicaran era quien se encontrara legitimado para iniciar la acción de competencia desleal porque ya había sido perjudicado por actos constitutivos de la infracción.

En sentido contrario, quien no hubiera sido perjudicado por actos de competencia desleal, aunque podía solicitar que se practicaran 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.

Al igual que en el punto anterior, 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." En opinión de la Corte bastaba con que se presentara la primera fase, es decir, la ejecución de actos desleales, para que la víctima de éstos pudiera acudir al juez en procura de que se ordenara al competidor desleal que suspendiera dichos actos y se abstuviera de repetirlos. En consecuencia y según la Corte, 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 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.

Desafortunadamente la sentencia llegó 25 años tarde, pues ya estaba a punto de expedirse la nueva LCD.

Por todo lo anterior considero que se justificó plenamente que los artículos 75 a 77 del Código de Comercio fueran modificados, pues especialmente la falta de claridad del artículo 76 que consagraba la acción judicial, se prestaba para diversas interpretaciones, las cuales, en la mayoría de los casos, concebían la acción de competencia desleal como indemnizatoria, con las dificultades que envolvía tener que probar los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual.

## NOCIONES

## PREVIAS

Antes de entrar a estudiar el texto de la ley, considero oportuno precisar algunos conceptos básicos que son importantes para entender la institución de la competencia desleal y el campo jurídico en el que ésta se desarrolla.

Dificultad del tema.  
La competencia desleal es una de las instituciones jurídicas más difíciles de regular para el legislador y de estudiar para el intérprete. La dificultad se origina en dos aspectos fundamentales:  
El calificativo de desleal no es un término jurídico, sino ético y moral que varía según la persona y el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla; y  
Las conductas que se pueden calificar como desleales varían y evolucionan a la misma velocidad con que se desenvuelve el comercio.

Por lo anterior, es muy común que las normas sobre competencia desleal establezcan una enumeración de conductas que se presumen constitutivas de la infracción, junto con una cláusula general que deja abierta la posibilidad para que ciertas actuaciones que no fueron previstas por el legislador, encuadren dentro de la restricción.

Noción de competencia.  
La competencia, dependiendo del medio en el cual se esté tratando, tiene diferentes significados, aún cuando la idea que envuelve es la misma.

Así, mientras en el lenguaje común competencia significa "Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa", en el lenguaje económico quiere decir "Rivalidad entre compradores y vendedores de bienes y servicios. La competencia tiende a estar en relación directa con el grado de difusión (por oposición a concentración) del poder del mercado, y con la libertad con que compradores y vendedores pueden entrar en, o salir de, los mercados". Dependiendo del grado de interferencia con que los diversos factores afecten la competencia, ésta se calificará en perfecta o imperfecta, siendo la última la regla general.

Jurídicamente la competencia adquiere significado cuando se relaciona con el concepto de libertad. "La competencia, desde el punto de vista jurídico, o su equivalente libre competencia, designa un modo de ser de la iniciativa económica consistente fundamentalmente en una libertad para todos los justiciables con algunas limitaciones, tanto en la admisión como en el comportamiento; limitaciones, pero iguales para todos, de entrar y actuar en el mismo mercado, actual o potencial, ofreciendo bienes o servicios susceptibles de satisfacer necesidades o intereses idénticos, o similares o complementarios."



Esta libertad de competir, de ingresar a los mercados ofreciendo bienes y servicios, no es absoluta, pues se encuentra restringida por los monopolios del Estado constituidos como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley, y por los derechos de exclusiva de que trata la propiedad industrial e intelectual. De igual forma la competencia se puede ver limitada por prácticas restrictivas de la misma, el abuso de posición dominante en el mercado, el dumping y por las actuaciones desleales de los competidores.

Los factores mencionados como distorsionadores de la competencia se diferencian básicamente en su legitimidad; mientras los primeros son admitidos por la ley, las prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante en el mercado, el dumping y la competencia desleal se presentan como conductas anómalas que deben ser reprimidas.

Por lo anterior, cuando se pretende establecer normas de conducta que protejan la libre competencia, se debe tener en cuenta que tanto las prácticas restrictivas como la competencia desleal son hechos anómalos, que por tal razón -desleales o restrictivos- deben ser reprimidos. En este punto el legislador debe ser consciente de la realidad fáctica que pretende regular, pues de lo contrario las normas se convertirán en factores que contrario a lo que se desea, impedirán la competencia en lugar de fomentarla.

Objetivo que buscan los participantes en el mercado. El fin buscado por todos los oferentes de bienes y servicios en el mercado es obtener, mantener o incrementar sus utilidades. Este fin es lícito y no puede ni debe ser descalificado, pues en buena medida es el que contribuye a guiar la economía, estimulándola y alimentándola.

Para lograr su objetivo los oferentes se valen de diferentes medios como la publicidad, la eficiencia, el servicio, las bondades de sus productos, los establecimientos en que venden o prestan sus servicios, las redes de distribución, los adelantos tecnológicos, etc., medios todos legítimos y que generalmente se ubican en uno de dos aspectos: la eficiencia o la persuasión.

La competencia se presenta como una lucha en la que cada participante utiliza sus mejores armas y en la que el vencedor es aquel que logra captar para sí la mayor cantidad de compradores. En esta lucha generalmente el competidor vencido sufre un perjuicio como consecuencia de su derrota.

No obstante lo anterior, no por esto se debe sancionar al vencedor o responsable del perjuicio, pues la lucha es de por sí legítima y si se utilizaron medios permitidos, el perjuicio será lícito y el beneficio no sólo será para el vencedor, sino también para el consumidor y la colectividad.

Esta lucha, lícita de por sí, refleja la noción de competencia en cualquiera de sus formas; coincide con la noción común de ser una disputa por algo (clientela en este caso); implica el concurso de oferentes y adquirentes en un mercado; y envuelve la libertad e igualdad jurídica de todos los competidores para ofrecer sus productos.

Sin embargo, cuando los competidores se valen de medios torcidos o impiden el ingreso de nuevos participantes, la competencia se distorsiona o desaparece. Esto es lo que en un momento dado es reprimible; los medios utilizados, más no el fin perseguido.

Los modelos de competencia desleal. Tradicionalmente se ha dicho que la competencia desleal ha revestido tres modelos distintos: El paleoliberal, el profesional o corporativo y el social.

El modelo Paleoliberal. Este modelo se caracterizó por su carácter fragmentario sin llegar a establecer reglas generales, pues sólo sancionaba aquellas conductas que se encontraran expresamente tipificadas por la ley. Su tendencia era concebir la competencia desleal desde una perspectiva penal, aunque algunas legislaciones la incluyeron bajo las normas de la responsabilidad civil extracontractual.

El modelo profesional. Ante la insuficiencia del modelo paleoliberal para reprimir las conductas desleales que se presentaban en el mercado, surge a finales del siglo XIX y principios del XX el llamado modelo profesional o corporativo. Las principales características de este nuevo modelo consisten en concebir la competencia desleal como una institución de derecho privado, que se estructura con base en los parámetros de lealtad establecidos principalmente por los profesionales del comercio y la industria.

Este esquema individualista busca proteger al empresario individualmente considerado, legitimándolo para iniciar acciones judiciales contra quien en una relación de competencia desvía indebidamente su clientela mediante procedimientos que los miembros de la corporación de los empresarios califican como desleales.

Dentro de los ejemplos de este modelo se encuentran los artículos 75 a 77 del Código de Comercio colombiano y el artículo 10 Bis del Convenio de la Unión de París para la Propiedad Industrial.

Según el Código de Comercio, en la competencia desleal prevalecían tres características fundamentales que se traducían en los elementos que debía reunir una conducta para que pudiera ser considerada como constitutiva de la sanción. Dichos elementos eran:

Tanto el sujeto activo, como la víctima de actuación, debían ser comerciantes;

Entre las partes debía existir una relación de competencia; y La actuación debía ser considerada como desleal, teniendo como referencia para elaborar la valoración las costumbres mercantiles consideradas desleales así por los comerciantes.

Por su parte, el artículo 10 Bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1.994, define la competencia desleal como "... todo acto de competencia

contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial", con lo que se hace referencia expresa a parámetros de valoración corporativos propios del modelo profesional.

El modelo social. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial surgió el modelo social. Bajo este esquema se crea una trilogía de intereses en la que se hace un tránsito de una concepción individualista del modelo profesional, a una protección institucional de la competencia con base en la defensa del interés general o público en el buen funcionamiento del mercado, la defensa de los consumidores, y la defensa de los intereses de los empresarios o competidores. Por lo anterior, bajo el modelo social no se exige que el legitimado para iniciar la acción sea un comerciante competidor, sino se permite que sean tanto las asociaciones de consumidores, los gremios profesionales, el Estado u otro empresario competidor. En contraste con el modelo corporativo, en el modelo social los actos de competencia desleal dejan de valorarse con base en criterios profesionales que en una u otra forma hacen relación a las conductas de los comerciantes o industriales, bien sea desde el punto de vista de la buena fe comercial, los usos honestos de los comerciantes, o la costumbre mercantil, para pasarse a un esquema donde la apreciación objetiva de la "buena fe", entendida como la racionalidad del mercado, es el parámetro que se tiene en cuenta para establecer si un acto es o no desleal.

Así las cosas y bajo el modelo social, la competencia desleal, y la represión de las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado vienen a reunirse en un gran conjunto que engloba lo que se ha dado a llamar "el derecho de la competencia", el cual procura que en el mercado se cumpla con la premisa de "competencia suficiente, libre y no falseada".

LA NOCION DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA NUEVA LCD  
Aún cuando la cláusula general de competencia desleal que trae el artículo 7º de la Ley trata de encuadrar esta institución dentro del marco del modelo profesional, tal propósito no es claro, pues al estudiarse armónicamente todas las disposiciones de la ley, se encuentra el intérprete con que la LCD tiene una fuerte tendencia hacia el modelo social, propia de la ley española de competencia desleal de donde nuestra nueva ley copió la mayor parte de sus preceptos.

Mezcla de modelos.  
Como se explica a continuación, la LCD mezcla dos modelos:

El artículo 7º de la LCD, en concordancia expresa con el numeral 2º del Artículo 10 bis del Convenio de París "considera que constituye 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", debiéndose enmarcar el juicio de deslealtad bajo un esquema típico del modelo profesional que se centra en las conductas de los comerciantes.

Por otra parte, la LCD adopta características típicas del modelo social al eliminar la necesidad que las partes sean comerciantes competidores entre sí, y al facultar a

cualquier persona que sea afectada o amenazada por un acto desleal, para que inicie una acción judicial contra quien haya cometido o se presume que va a incurrir en una conducta constitutiva de la infracción. De esta forma la competencia desleal deja de ser una institución que protege los intereses privados de aquel comerciante a quien le es desviada su clientela en forma indebida por parte de su competidor, para pasar a ser una institución que se ocupa de regular el funcionamiento concurrencial del mercado, o lo que es lo mismo, la competencia económica. De lo anterior se desprende que la LCD protege en un mismo nivel los intereses de los competidores, los de los consumidores y los del Estado en mantener una competencia económica libre y transparente, tal y como lo preceptúa el modelo social.

En consecuencia, la LCD mezcló los dos modelos, pues no obstante que eliminó la necesidad de que las partes sean comerciantes y competidores entre sí, lo cual es típico del "modelo social", estableció la valoración de deslealtad con fundamento en las costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos en materia industrial y comercial, lo cual es característico del "modelo profesional".

El bien jurídico tutelado por la LCD y su diferencia con las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. El bien jurídico que pretende tutelar la LCD es la libre y leal competencia económica en el mercado, entendida como una competencia libre de falseamiento. En tal sentido la LCD se aparta de lo que establecía el Código de Comercio que se ocupaba de regular relaciones privadas de los competidores, para pasar a regular la competencia económica en una forma amplia que involucra intereses diversos como son los de los competidores, los consumidores y el Estado como guardián del orden económico. Si bien es cierto que con la gran influencia del modelo social la competencia desleal y las prácticas restrictivas se asemejan bastante, tanto así que en su conjunto conforman el llamado derecho de la competencia, también es cierto que existen diferencias que justifican la existencia de las dos normas.

La principal diferencia radica en que mientras la competencia desleal protege la transparencia con que se desarrolle la competencia, las normas que sancionan las prácticas restrictivas buscan proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado. En otras palabras, mientras la represión de las prácticas restrictivas se encarga de que exista competencia económica, la competencia desleal persigue que la competencia existente no se vea falseada con el empleo por parte de los participantes en el mercado de procedimientos ilegítimos.

En el orden práctico otro punto de distinción entre las dos instituciones se encuentra en la jurisdicción competente para conocer de la infracciones que se cometan; mientras de los actos constitutivos de competencia desleal se ocupa el Organismo Jurisdiccional, las prácticas restrictivas de la competencia son conocidas por la Rama Ejecutiva.

**DISPOSICIONES GENERALES DE LA LCD**  
De los cuatro capítulos en que se divide la LCD, el primero se ocupa del marco filosófico que envuelve la Ley. No obstante lo anterior, y como se advirtió antes,

estos principios que expresan la intención de estructurar el modelo social, deben ser armonizados con las conductas enunciativas que ilustran algunos casos de competencia desleal, y principalmente con la prohibición general o cláusula general del artículo 7º.

El objeto de la ley. El artículo 1º de la LCD determina el objeto de la misma, estableciendo varios elementos que es importante resaltar:

La LCD es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección. La afirmación que trae el artículo 1º, según la cual la LCD es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección, resulta oportuna. Con este principio la LCD evita conflictos de jurisdicción y competencia que se han presentado en el pasado, cuando en determinados casos una conducta encuadra bajo varios ordenamientos distintos.

En consecuencia una misma conducta puede ser conocida, analizada o sancionada por diferentes autoridades, como serían la Jurisdicción Ordinaria o el Organo Ejecutivo representado por la Superintendencia de Industria y Comercio, dependiendo de si la conducta es atacada por ser constitutiva de competencia desleal o por ser una práctica restrictiva de la competencia.

Otra circunstancia en la que toma importancia la precisión anterior, tiene que ver con propiedad industrial. Son frecuentes los casos en los que mediante la utilización de marcas o nombres comerciales ajenos, se crea confusión en el mercado. Esta actuación, que al mismo tiempo constituye una infracción marcaria y un acto de competencia desleal, ha presentado en un pasado problemas de competencia judiciales. Algunos doctrinantes consideraban que cuando se presentaba alguno de estos conflictos, éstos se debían resolverse con base en el derecho marcario, toda vez que la competencia desleal constituía un derecho subsidiario. Aunque no compartí esa posición, considero que a la luz de la LCD la discusión ha perdido vigencia, toda vez que como se expuso, la nueva ley se aplica sin perjuicio de otras normas.

El objeto que tutela la LCD es la libre y leal competencia económica. Para lograr garantizar la libre y leal competencia económica, la LCD prohíbe expresamente la realización de actos o conductas constitutivas de competencia desleal.

Dado que la LCD es un desarrollo del Artículo 333 de la Constitución Política y que ésta considera que la libre competencia económica es un derecho colectivo, es de concluir que la LCD es una norma imperativa de utilidad pública e interés social, por lo cual la realización de los actos prohibidos conllevan su ilegalidad.

Resulta interesante estudiar la posibilidad que la prohibición de ejecutar actos o conductas constitutivas de competencia desleal, se extienda inclusive a actuaciones iniciadas con anterioridad a la vigencia de la LCD y cuyos efectos se suceden bajo la vigencia de ésta.

Considero que la represión de tales efectos es viable por las siguientes razones:

Por lo general la competencia desleal no se extinguen con la culminación del acto, sino que por el contrario, dichos actos perdura en el tiempo. Dos ejemplos de lo anterior son los efectos que se siguen de la publicación de un aviso que denigra del competidor, los cuales no se agotan con la publicación del anuncio, y los efectos que se siguen de la celebración de un contrato de suministro con cláusula de exclusividad, el cual de cumplir con algunas condiciones, será considerado desleal por la LCD.

Siguiendo al profesor Monroy Cabra, quien es citado por la Corte Constitucional, la teoría de Paul Rubier establece la existencia de "leyes de aplicación inmediata, que rigen los efectos posteriores a su sanción, aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad" .

Es el caso de la competencia desleal, que por ser una norma que atiende un interés social y colectivo, tiene aplicación inmediata sobre los efectos de aquellas actuaciones que sucedieron antes de su vigencia, pero que cuyos efectos se surten o continúan produciéndose bajo la vigencia de la LCD.

Esta aplicación inmediata de la ley no debe ser calificada como retroactiva, toda vez que no viola derecho adquirido alguno, pues al dominio de quien incurre en la actuación descalificada no ha ingresado ningún derecho. Así mismo debe recordarse que la competencia desleal se ocupa de conductas mediante las cuales el actor busca incrementar o captar para sí una clientela, la cual no puede ser calificada como un bien estable de un oferente, ni sobre la cual se puede reclamar una propiedad, un derecho adquirido o siquiera una esperanza, pues como lo dice el profesor Gabino Pinzón , la clientela solo responde a sus propios caprichos.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la LCD es una norma de utilidad pública que involucra el interés social de la comunidad y que no desconoce derechos adquiridos, la violación de la misma ocasionada por los efectos que perduren de actuaciones que se llevaron a cabo antes de su vigencia, es viable y posibilitan su calificación como constitutivos de competencia desleal con su correspondiente sanción.

La LCD beneficia a todos los que participan en el mercado. Como se expuso con anterioridad, la LCD siguiendo el modelo social creó una trilogía de intereses mediante una protección institucional de la competencia con base en la defensa del interés general o público en el buen funcionamiento del mercado, la defensa de los consumidores, y la defensa de los intereses de los empresarios o competidores.

Este principio está relacionado directamente con lo previsto en el artículo 3º que se analiza más adelante.

La LCD y el artículo 10 Bis del Convenio de París. Constantemente la LCD hace mención expresa al artículo 10 Bis del Convenio de París. Como se manifestó, la cláusula general de competencia desleal que trae el

citado convenio es típica del modelo profesional, por lo cual, ante la coexistencia en una misma norma de los dos modelos, surge la necesidad de armonizarlos en la forma que mejor se adapte a la intención de la ley. En tal sentido se debe tomar del modelo social la coexistencia de los intereses del Estado, los consumidores y los competidores, y del modelo profesional el parámetro de valoración con base en los criterios profesionales que éste adopta.

A contrario sensu, se debe rechazar del modelo social la valoración de la conducta desleal con base en la buena fe simple y no corporativa, y del modelo profesional la concepción de ser una institución de derecho privado en cabeza exclusiva del competidor perjudicado, posición con la cual se exigiría que las partes fueran comerciantes y que sostuvieran una relación de competencia.

El ámbito objetivo de aplicación y los fines concurrenciales. En la exposición de motivos inicial de la ley se decía que para que un acto sea constitutivo de competencia desleal, sólo deberían cumplir con el requisito que la conducta desleal se realice en el mercado y que envuelva fines concurrenciales, los cuales se presumen cuando por las circunstancias en que se realiza el acto, éste se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Considero que dicha afirmación es desacertada. De aceptarse ciegamente la posición del H.S. Estrada Villa, se estarían sancionando los actos leales que se realizan en el mercado con fines concurrenciales, y que por la lealtad de los mismos no son constitutivos de competencia desleal.

Para no caer en las injusticias que traería aplicar la posición arriba expresada, es necesario armonizar el artículo 2º con el conjunto de la ley, para así entender que para que un acto pueda ser sancionado por competencia desleal, debe además de encuadrar en una de las conductas descritas en el Capítulo 2º de la ley, haber sido realizado en el mercado con fines concurrenciales. Si falla cualquiera de los tres requisitos antes citados, es decir, si el acto no encuadra en las conductas descritas o en la cláusula general, o no se realiza en el mercado, o finalmente, no tiene fines concurrenciales, tal acto no será constitutivo de la sanción.

De conformidad con lo anterior, el acto, además de ser desleal, debe reunir las características que a continuación se describen:

Que el acto se realice en el mercado. Esta característica que se exige al acto desleal, debe ser armonizada con el artículo 4º de la LCD que establece el principio de los efectos. Como se verá, según el principio de los efectos lo importante no es el lugar geográfico donde se realiza la conducta, sino el lugar donde se verifican los efectos de la misma, que para el caso de la LCD, deben ser en el mercado colombiano.

En consecuencia, para que una conducta sea constitutiva de competencia desleal, ésta debe ser realizada en el mercado, bien sea nacional o extranjero, pero sus efectos principales deben tener lugar o estar llamados a tenerlo en el mercado colombiano.

Los fines concurrentiales. El segundo elemento que el artículo 2º exige para que la conducta pueda ser calificada como desleal, se refiere a la finalidad concurrential que debe envolver la práctica.

Según el inciso final del artículo 2º, se presume que una conducta tiene "fines concurrentiales", "cuando por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien la realiza o de un tercero."

Cuatro puntos resultan importantes destacar del inciso final del artículo 2º:

La valoración del acto es objetiva. En consecuencia, para determinar si una actuación envuelve fines concurrentiales, no se debe indagar por la intencionalidad de quien realiza el comportamiento (valoración subjetiva), sino basta con establecer que dicha conducta sea apta para conseguir el mantenimiento o incremento de la participación en el mercado de quien la realiza o de un tercero, para que así la ley presuma que tiene fines concurrentiales. El acto que se realiza puede ser en beneficio propio, o en beneficio de un tercero. Esta nueva concepción de la competencia desleal genera una gran amplitud en la acción y obliga a los participantes en el mercado a ser supremamente cuidadosos, toda vez que teniendo en cuenta que una conducta puede ser sancionada por tener un efecto contrario a la norma, independientemente de la intencionalidad del actor, sus actos pueden violar la ley en beneficio de terceros sin que él infractor lo haya siquiera querido. Esta previsión de la ley viene a afectar a los grupos económicos que cuentan con sociedades que desarrollan actividades pertenecientes a diferentes sectores económicos, pues la actuación objetivamente contraria a la ley, bien sea por el fin perseguido ó por los efectos que tiene en el mercado, puede generar la consecuencia de ser una conducta objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado de otra sociedad del mismo grupo. El inciso final del artículo 2º contiene una presunción legal, que si bien es desvirtuable, obliga a que quien realice o vaya a realizar el comportamiento desleal, demuestre que su actuación, a pesar de ser objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero, no tiene fines concurrentiales. Finalmente, dado que la norma comentada contiene una presunción y no una definición, es necesario determinar el significado de la noción de fines concurrentiales.

Aun cuando algunos autores consideran que los términos competencia y competencia son sinónimos, y que coinciden en que en ciertos casos se puede entender que tienen un mismo significado, considero que para la LCD los dos vocablos tienen un significado diverso. La palabra competencia se utiliza en la LCD para significar "la posibilidad de participar o intervenir en el mercado", mientras que la noción de competencia envuelve "una disputa por algo", en este caso la clientela o el favor de los compradores. Lo anterior se evidencia en el artículo tercero que dispone que la aplicación de la ley no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo de la conducta. En consecuencia, una conducta tendrá fines concurrentiales cuando le proporciona al



sujeto que la comete la posibilidad de participar o intervenir en el mercado, lo cual presume la ley que se produce cuando tal actuación es objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero. El ámbito subjetivo de aplicación. Como se expuso, una de las principales causas por las que se justificó la expedición de la Ley 256 de 1.996, radicaba en que la competencia desleal era una institución que se aplicaba solamente a los comerciantes.

En este punto la LCD presentó un avance importante en relación con los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, al aclarar que existe competencia desleal independientemente que los sujetos sean o no comerciantes.

Sin embargo la LCD siguiendo el modelo social fue más allá. Dispuso que la aplicación de la LCD no puede supeditarse a que entre quien incurre en un acto de competencia desleal y la víctima del mismo, exista una relación de competencia, es decir, una disputa real por una clientela actual o potencial.

Esta previsión innovadora en nuestro medio se complementa con los artículos 20 y 21 de la ley, los cuales legitiman a cualquier persona que sea afectada o que pudiera llegar a ser afectada por un acto de competencia desleal, para demandar al infractor. Es de anotar que dentro de los legitimados se incluye a las asociaciones o corporaciones de profesionales, las asociaciones de protección a los consumidores y la Procuraduría General en nombre de la Nación, para que inicien acciones de competencia desleal.

Ambito territorial de aplicación. El artículo 4° de la LCD se ocupa de la aplicación de la ley en el espacio. Resulta interesante observar como la ley sanciona los actos de competencia desleal siguiendo el criterio de los efectos del acto y no el del lugar de su realización. Este aspecto concuerda con el desarrollo del comercio internacional en el que las mercancías viajan de un lugar a otro y la ampliación de los mercados se hace cada día más necesaria. De esta manera, el acto desleal de un competidor puede ser acusado y sancionado en el país por ser constitutivo de competencia desleal, independientemente que el sujeto activo de la conducta haya originado su acto en el país o tenga su domicilio en el extranjero.

El artículo 4° de la LCD fue tomado de la ley española. Sin embargo dicha ley no habla de efectos principales, sino de efectos substanciales, los cuales han sido interpretados como aquellos que tienen la capacidad para afectar en forma suficientemente significativa la competencia económica.

Cabe preguntarse si en el caso colombiano el adjetivo "principales" tiene el mismo significado que el de "substanciales" que se utiliza en la ley española.

Principal significa lo primero, lo más importante. Jurídicamente se utiliza éste vocablo como antónimo de subsidiario o accesorio. Con base en lo anterior, considero que a la luz de la LCD se debe entender que un acto tiene o está llamado a tener sus efectos principales en el mercado colombiano, cuando éstos se producen no como una consecuencia accidental o secundaria de la actuación, sino

cuando la conducta está centrada en surtir sus efectos en el mercado colombiano, siendo éste su objetivo esencial, primordial o fundamental.

Las prestaciones mercantiles. Aun cuando tradicionalmente se ha entendido que la prestación es el objeto de la obligación, y que ésta consiste en dar, hacer, o no hacer, la noción de prestaciones mercantiles que trae la LCD es más amplia.

El artículo 5° de la LCD se compone de dos partes; primero cita unos ejemplos, y posteriormente da una definición de prestaciones mercantiles.

En orden inverso al que aparecen en la norma, las prestaciones mercantiles son definidas como la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico, mientras que los actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, son ejemplos de hechos que "pueden" consistir prestaciones mercantiles.

En este orden de ideas la actividad concreta y efectiva de los participantes en el mercado es el aspecto relevante de la definición, pues con base en ésta es que se pueden configurar las causales de competencia desleal, y no sobre el objeto de la obligaciones que contrae un participante en el mercado, como se seguiría si se acogiera la noción tradicional del derecho civil, con la consecuencia que los efectos de la norma se verían reducidos y no guardaría armonía con el resto de la LCD.

Principios de interpretación (Artículo 6°). La LCD es un desarrollo del Artículo 333 de la Constitución Política. En tal sentido los principios que se utilicen para interpretar las disposiciones de la ley, deben estar acordes y no contradecir la Norma Superior. El artículo 6° de la LCD establecen como criterio de interpretación que la libertad económica y de iniciativa privada deben enmarcarse dentro del bien común. Lo anterior significa que la garantía que tienen todas las personas de acceder a la posibilidad de establecer unidades de explotación económica, está supeditada al progreso de la colectividad y debe consultar las necesidades del conglomerado sin causarle daño.

Este parámetro de interpretación, en el que el interés colectivo prima sobre el particular, se armoniza con el de libertad de competencia económica que establece "la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela."

En consecuencia, las disposiciones de la LCD se deben interpretar en forma tal que garanticen la libertad económica y el acceso de los participantes al mercado, en procura de los beneficios que la explotación de los medios económicos trae a toda la colectividad.

Para lograr tal fin se debe entender que las normas de competencia económica ya no buscan prioritariamente proteger al competidor, sino que la ley coloca la transparencia del mercado como su principal objetivo, en beneficio de todos los que en él participan, creando una igualdad de prioridades entre los intereses de los oferentes, de los consumidores y del Estado en el desenvolvimiento del mercado.

#### CONDUCTAS ESTABLECIDAS POR LA LCD COMO CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL

Como se había expresado, la competencia desleal es una de las instituciones jurídicas más difíciles de regular. Lo anterior surge debido a que el adjetivo desleal hace relación a una calidad moral y no a una calificación jurídica y a que las conductas desleales varían permanentemente.

Estas dificultades generan que en la práctica el Legislador se vea en la necesidad de establecer una cláusula general de competencia desleal que sea lo suficientemente amplia para abarcar las posibles actuaciones desleales, que como se dijo, varían de lugar en lugar y de tiempo en tiempo.

En adición a lo anterior, la regla general es que el Legislador no se limita a establecer una cláusula general, sino que acompaña ésta con la descripción enunciativa de algunas conductas que por anticipado presume que son desleales.

Antes de entrar a analizar las conductas desleales, vale la pena resaltar que la LCD tiene esencialmente un carácter preventivo, que como se verá al estudiar las acciones, incluye la posibilidad de reprimir actos que no se han cometido. En tal sentido la LCD establece una responsabilidad objetiva que sanciona la conducta que viola los preceptos de la ley independientemente de la intencionalidad con que se incurre en la conducta. De esta forma no sólo se reprimen los actos que tienen por objeto competir deslealmente, sino también aquellos que producen dicho efecto, independientemente de que el mismo haya sido deseado o no.

Finalmente, la posibilidad de establecer la responsabilidad objetiva es permitida por el inciso final del artículo 88 de la Constitución Política, el cual, después de establecer como derecho colectivo la libre competencia económica, del que la competencia desleal es un desarrollo, faculta al legislador para definir los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido contra tales derechos.

La cláusula general de competencia desleal. La LCD estableció una cláusula general de competencia desleal en los siguientes términos:

"ARTICULO 7.- PROHIBICION 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.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del Artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye 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 encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado."

El artículo 7º contiene la cláusula general de competencia desleal, la cual, como se ha dicho, regula todos aquellos casos que no fueron específicamente previstos por el legislador.

Analizando el artículo 7º de la LCD se llega a las siguientes conclusiones:

Se ratifica la prohibición del artículo 1º. El inciso primero del artículo comentado es tajante al ratificar la prohibición que venía desde el artículo 1º de la ley. De conformidad con la ley colombiana "Quedan prohibidos los actos de competencia desleal", con las consecuencias ya anotadas de ilegalidad que trae el incurrir en la prohibición.

Se mezcla el modelo profesional y el social. El artículo 7º evidencia la mezcla de los modelos citados. Mientras por una parte la norma establece los parámetros de valoración de lealtad con base en los criterios corporativos, específicamente comerciales e industriales, por otra involucra el interés de los consumidores y el funcionamiento concurrencial del mercado en el que el Estado guarda un interés en benéfico del orden económico y de la comunidad.

Como ya se había manifestado, es necesario armonizar los modelos para conseguir el fin perseguido por la norma. En tal sentido debe entenderse que la cláusula general protege los intereses de los consumidores, del Estado y de los empresarios, cuando resulte que dicho acto es desleal de conformidad con los parámetros que la ley establece.

La buena fe comercial. El artículo 7º de la LCD menciona en dos ocasiones la buena fe comercial; en el inciso primero al establecer que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, y en el inciso segundo al concebir como una de las causales de competencia desleal la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales que resulten contrarios a la buena fe comercial.

Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo "comercial", por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe.

Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se debe entender que esta noción 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.

Así mismo es importante resaltar que la buena fe en cualquiera de sus diversas especies (simple, exenta de culpa, comercial, etc.) se presume, estando a cargo de quien alega la mala fe probar tal afirmación.

Por lo anterior, si alguien demanda a otra persona argumentando que sus actos son constitutivos de competencia desleal por ser contrarios a la buena fe comercial, deberá demostrar que el hecho cometido es contrario a esta especie de buena fe y que el demandado actuó de mala fe, pues la buena fe, inclusive la comercial, se presume.

Las sanas costumbres mercantiles Otro de los parámetros con base en los cuales se evalúa la conducta de los participantes en el mercado, son las sanas costumbres mercantiles.

Tal y como lo prevé el artículo 3º del Código de Comercio, las costumbres mercantiles son una fuente formal del derecho comercial que viene a llenar los vacíos que la ley presenta. En tal sentido, para que una práctica sea considerada como costumbre mercantil, debe ser pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad. Al ser la costumbre una fuente subsidiaria de derecho, ésta no puede en ningún caso contrariar la ley.

El artículo 75 del Código de Comercio, en forma similar a la LCD, establecía que eran constitutivas de competencia desleal las prácticas contrarias a las costumbres mercantiles. Frente a esta afirmación surgió en su momento la pregunta de qué sucedía con una costumbre nueva, que por el mismo hecho de su novedad es contraria a las costumbres imperantes. ¿Debe considerarse desleal por el sólo hecho de ser contraria a la costumbre mercantil?

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de julio de 1986 dijo:

"Una nueva forma de competencia no prohibida por la ley es lícita, aunque -dada su novedad- no esté cobijada por las que se vienen llevando a cabo según las costumbres existentes, ya que los particulares pueden hacer todo aquello que no les está legalmente prohibido y tan solo responden a las infracciones al orden jurídico."

Pese a que la sentencia transcrita es anterior a la LCD, su utilidad en lo que acá se transcribe está vigente. De lo dicho por la Corte se concluye que el factor importante para determinar si una conducta es constitutiva de la infracción no es su novedad, sino su deslealtad. De tal forma que no existiendo una norma expresa que prohíba la realización de tal conducta, mal podría afirmarse que por el sólo hecho que ésta no se realizara -por ser una práctica nueva-, al efectuarla se vaya en contra la costumbre y por consiguiente se incurra en competencia desleal, pues es necesario que además de ser contraria a las sanas costumbres mercantiles, sea desleal.

Finalmente, cuando se alegue que un acto es contrario a las sanas costumbres mercantiles, el demandante deberá probar la existencia de la sana costumbre mercantil, y el acto violatorio de la misma, sin necesidad de tener que demostrar la intención del demandado en desconocer o contrariar la costumbre, pues la competencia desleal toma su forma de responsabilidad objetiva y en este caso, a diferencia del de la buena fe comercial, no se ha establecido ninguna presunción.

Los usos honestos en materia industrial o comercial. La expresión "usos honestos en materia industrial y comercial", tiene su origen en el artículo 10 Bis del Convenio de París, del cual fue copiada esta parte de la cláusula general.

Dado que en este punto la norma se refiere a "usos", cabe preguntarse cuál es la diferencia entre costumbres mercantiles y usos honestos en materia industrial y comercial, si es que existe alguna diferencia.

De acuerdo con el doctor Gabino Pinzón, la diferencia entre usos y costumbres es sutil e inútil, razón por la cual en el Código de Comercio se procuró eliminar tal distinción y si en alguna parte se mantiene, en todo caso no obedece a un verdadero deslinde de conceptos en dicho ordenamiento.

No obstante lo anterior, el doctor Pinzón concluye que los usos, llamados por el Código de Comercio hechos constitutivos de la costumbre, son los elementos materiales de las costumbres, es decir, son los hechos que cuando son acompañados del elemento subjetivo, se convierten en reglas de derecho.

En consecuencia, los usos mercantiles son las conductas seguidas por los comerciantes en sus negocios, mientras que las costumbres comerciales son las reglas que éstos siguen.

Siendo benévolo en la interpretación, se debe concluir que la LCD se refiere a los usos honestos en materia comercial e industrial, como una entidad distinta a la de las costumbres mercantiles. Dado que los usos no constituyen una fuente de derecho por faltarles el elemento subjetivo, su aplicabilidad es ilustrativa del actuar de los comerciantes, pues tan sólo se convierten en costumbres cuando la conducta que constituye el uso es tenida por obligatoria entre los miembros de la colectividad.

Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor. Considero que este es el punto que mayor complicación ofrece en la LCD y en el que mayor cuidado se debe tener al interpretarlo y aplicarlo, toda vez que una interpretación exegética y rigurosa de esta parte de la norma, puede conducir a innumerables injusticias y convertir en desleal cualquier acto que se realice en el mercado.

La cláusula general de competencia de la LCD establece como constitutivo de competencia desleal la realización de "...todo acto o hecho que se realice en el

mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor ..."

Según los principios generales de interpretación de las leyes,

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

Tradicionalmente se ha entendido que en la práctica se pueden presentar casos de leyes que aun cuando su tenor literal es claro, su aplicación se presta a dudas o controversias al enfrentar su significado con la realidad que pretende regular o al enfrentar su tenor literal con el contenido normativo del conjunto de la ley.

Para el caso que se estudia, el texto literal de la norma es claro, pero su interpretación literal no refleja la realidad que regula, además de contrariar abiertamente el sentido del conjunto de la ley.

Así, si se interpretara exegéticamente la causal de deslealtad que se está analizando, se llegaría a la conclusión absurda que la mayoría de actos que realiza un oferente estarían prohibidos, pues todos ellos están encaminados a afectar la decisión del comprador potencial.

En efecto. La persuasión en el comercio es una de las principales herramientas; el consumidor no siempre actúa racionalmente, sino que en muchos casos la decisión de compra está influenciada por consideraciones psicológicas y emocionales que van a determinar qué producto se adquiere. Estos aspectos psicológicos y emocionales son los que estudian los mercadotecnistas, los publicistas y los psicólogos y son objetivos que buscan explotar los oferentes. Un empaque llamativo, un local atractivo, la exposición de los productos en condiciones previamente determinadas, una publicidad sugestiva, una marca evocativa, etc., son todos factores que buscan afectar la decisión de compra. De interpretarse literalmente la prohibición aludida, se estaría desconociendo la realidad del mercado y se estaría haciendo a un lado actividades tan importantes como el mercadeo, la psicología y la publicidad, que precisamente lo que buscan es afectar la decisión del comprador o consumidor, fin lícito, natural y de la esencia del comercio.

Con base en lo anterior, considero que la interpretación literal expuesta debe ser rechazada, pues conduce a los absurdos arriba mencionados. En consecuencia, un entendimiento acorde con la LCD y con la realidad que regula, lleva a interpretar que es constitutivo de competencia desleal el "acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor ..." mediante la utilización de procedimientos tenidos como desleales por la colectividad, es decir, comportamientos que sean contrarios a las sanas costumbres mercantiles, al

principio de la buena fe comercial, o los usos honestos en materia industrial o comercial, parámetros corporativos que la misma ley establece como pauta para hacer la valoración de deslealtad de la conducta.

El funcionamiento concurrencial del mercado. Al igual que en el caso anterior, el artículo 7º de la LCD prevé que es constitutivo de competencia desleal el "acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte (...) el funcionamiento concurrencial del mercado." Siguiendo el mismo principio de interpretación expuesto, no cualquier acto es constitutivo de competencia desleal por haber afectado el funcionamiento concurrencial del mercado, pues como se ha dicho, la LCD sanciona los actos desleales, por lo cual, debe entenderse que la causal se refiere a procedimientos desleales que afecten o estén encaminados a afectar el funcionamiento concurrencial del mercado.

Las conductas específicamente consideradas por la LCD como constitutivas de competencia desleal. La LCD se ocupa en sus artículos ocho a diecinueve de algunas conductas que considera constitutivas de competencia desleal. La tipificación de dichas actuaciones no es taxativa, pues existiendo una cláusula general, debe entenderse que ésta busca cubrir todas aquellas conductas distintas a las expresamente previstas por la ley, siempre y cuando reúnan los requisitos que la misma ley exige.

No obstante que la cláusula general entra a suplir la imposibilidad de regular todas las conductas desleales, y que en consecuencia, cuando una conducta no encuadra exactamente dentro de las que ilustrativamente menciona la ley es posible sancionarla por ser constitutiva de la infracción, considero que los casos expuestos por el Legislador tienen un valor adicional al de ser simples ejemplos.

El hecho de haber sido incluidas dichas conductas en la ley, refleja la concepción de deslealtad que de las mismas tuvo el legislador, convirtiéndolas en verdaderas presunciones legales, que si bien pueden ser desvirtuadas por el demandado, evitan al afectado probar que el demandado incurrió en una actuación contraria a las que la cláusula general contiene.

A pesar que la LCD en estos casos no utiliza la palabra "presunción", factor que no es necesario para que éstas existan, establece con toda claridad los hechos y circunstancias de las que se sigue la deslealtad de las conductas. Es decir, del hecho conocido que describe la ley, se sigue la consecuencia presumida por la misma norma, por lo cual los artículos nueve a 19 de la LCD contienen verdaderas presunciones juris tantum.

Por lo anterior, frente a cualquiera de las causales de competencia desleal establecidas expresamente por la ley, estará a cargo del demandante probar que su actuación no produjo el efecto por el que se le ataca, a fin de exonerarse de las pretensiones de las que se le acusa.



Por otra parte es importante tener en cuenta que la LCD sanciona tanto las prácticas que causan en el mercado el efecto que las conductas descritas reprimen, como aquellas que sin ocasionar dicho efecto, tienen por objeto lograrlo, e inclusive aquellos actos que aunque no se han realizado, es presumible que se van a realizar, todo con independencia de la intencionalidad del actor, pues como se ha dicho, la ley es preventiva y envuelve una responsabilidad objetiva.

Dado que varias de las conductas que se analizarán afectan intereses diversos, se procurará explicar las repercusiones paralelas que pudieran tener, especialmente cuando los intereses afectados sean los del consumidor y los del competidor.

También es importante recordar que la competencia desleal no pretende proteger posiciones previamente adquiridas en el mercado, sino reprimir los medios que al emplearse afectan la transparencia que debe imperar de acuerdo con el principio de libre competencia.

En consecuencia, la pérdida de la clientela por actos de mercado leales, generará un perjuicio que no es catalogado como competencia desleal, ni reprimible por medio de esta institución. Por el contrario, el daño o riesgo que se sufre con ocasión de la utilización o posible empleo de procedimientos descalificados por la LCD, dará pie para que quien se sienta que puede resultar afectado inicie las acciones jurídicas correspondientes.

Finalmente, algunas de las prácticas que a continuación se expondrán, serán agrupadas según características comunes que puedan tener, por lo cual no siempre se seguirá el orden en que las conductas aparecen en la LCD.

Actos de desviación de la clientela (Artículo 8º). La práctica que a continuación se estudia afecta en forma directa los intereses de los competidores. En tal sentido, esta práctica envuelve uno de los principales parámetros del modelo profesional, cual es la relación de competencia que debe existir entre los sujetos activo y pasivo de la conducta.

Desafortunadamente el nombre con el que fue bautizada esta conducta es inadecuado, toda vez que la desviación de la clientela de un competidor es un fin lícito y natural al comercio. Lo que en un momento puede criticarse es que dicha desviación se produzca gracias a la utilización de medios desleales, los cuales sí serían reprimibles.

El artículo 8º de la LCD se asemeja a los numerales 4º y 9º del derogado artículo 75 del Código de Comercio, pues tanto en éste como en aquellos, se sanciona la desviación de la clientela cuando es fruto de una práctica contraria a las costumbres mercantiles.

No obstante lo anterior, la nueva norma presenta un avance significativo al sancionar tanto la intención, como el efecto producido por la conducta, toda vez que la LCD tiene una fuerte tendencia preventiva y de responsabilidad objetiva.

En consecuencia, la desviación de la clientela de un competidor será desleal, cuando para tal fin se empleen mecanismos contrarios a las sanas costumbres mercantiles, o a los usos honestos en materia industrial y comercial. En estos casos el demandante tendrá que probar la existencia de la costumbre o del uso y que la práctica es contraria a los mismos.

Actos contrarios a la estructura del competidor o a las relaciones por él establecidas (Artículos 9º, 16 y 17º). La LCD en este punto sigue los lineamientos tradicionales e introduce como novedad el concepto de "inducción a la ruptura contractual". Frente a la legislación derogada, la LCD es más técnica, pues separa la desorganización de la empresa rival y la adquisición de sus secretos, como dos conductas distintas, regulando en forma más técnica y completa la segunda.

Actos de desorganización (Artículo 9º). Como se expuso, la desorganización interna de la empresa ajena es una de las conductas típicas de competencia desleal. El verbo que tipifica la actuación desleal es "desorganizar", el cual debe ser entendido como alterar o romper la estructura, orden y desenvolvimiento ordinario de otra empresa.

Finalmente, la conducta sancionable no sólo involucra la desorganización de la empresa, sino también la de las prestaciones mercantiles y el establecimiento ajeno.

Violación de secretos (Artículo 16) No obstante que el Artículo 75 del Código de Comercio contemplaba como desleal la obtención de secretos de la empresa competidora, la LCD regula el punto en una forma mucho más extensa y favorable que la legislación derogada.

Dentro de las particularidades de la norma se encuentra que ésta involucra no sólo los secretos industriales de que tratan los artículos 72 a 80 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con los cuales se complementa, sino que hace extensiva la sanción a cualquier otra clase de secretos empresariales.

Un secreto es aquello que por su naturaleza es reservado, es decir, su contenido no es conocido en general, ni fácilmente accesible a las personas que normalmente manejan el tipo de información de que se trate, teniendo éste un valor comercial efectivo o potencial por el hecho mismo de ser secreto y de no resultar evidente para las personas vinculadas a la materia.

El simple hecho de dar a conocer un secreto (divulgación), entendido como se describió arriba, es considerado desleal, así como la explotación del mismo, cuando tal divulgación o explotación es realizada sin la autorización de su titular.

En cuanto a la forma en que se obtuvo la información, la LCD sanciona tanto la obtención legítima (la que se obtuvo con ocasión del ejercicio de actividades legales) pero con deber de reserva, como aquella que se adquirió ilegítimamente mediante conductas tales como el espionaje, o procedimientos análogos, o a través de la violación de una norma jurídica.

Por otra parte, el artículo 16 contempla la posibilidad que la conducta sea reprimida por otras normas, como son por ejemplo las penales y las financieras.

Por último, el inciso final de la norma comentada contiene una excepción al ámbito objetivo de aplicación de las normas de competencia desleal, pues la norma expresamente elimina el requisito que la conducta sea cometida en el mercado y que tenga fines concurrenciales para que la acción judicial sea procedente.

Inducción a la ruptura contractual.  
La inducción a la ruptura contractual es una figura nueva que es sana y de gran utilidad, pues en no pocas ocasiones los competidores incurren en este tipo de prácticas.

El objetivo principal que busca la norma es evitar que un oferente incremente su clientela, gracias a maniobras mediante las cuales pretende obtener la infracción de los deberes contractuales que han establecido terceros para con su competidor.

Es así como la ley distingue entre la inducción a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, lo cual es considerado desleal, y la inducción a la terminación regular de un contrato, o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena. Estas últimas posibilidades sólo se consideran desleales cuando siendo conocidas, tengan por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial, o vayan acompañadas de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

Prácticas de imitación (Artículos 10, 14 y 15)  
Dentro de las diferentes posibilidades que existen en el comercio para competir deslealmente, el imitar los productos, servicios o actividades ajenos, ha sido considerado tradicionalmente como un acto desleal, lo que ha generado que estas formas típicas hayan sido incluidas reiteradamente dentro de los listados que las diferentes normas sobre la materia traen.

El legislador colombiano también ha sido consciente del problema y ha previsto estas formas de competencia desleal en normas tales como la Ley 59 de 1936, el Código de Comercio y la reciente Ley 178 de 1994, aprobatoria de la Convención de París sobre Propiedad Industrial.

Crear confusión (Artículo 10).  
Crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus bienes, servicios o actividades, es uno de los medios desleales más dañinos, pues no sólo perjudica al competidor víctima de la confusión, sino que también atenta contra los intereses de los consumidores, al inducirlos a adquirir bienes o servicios que no desean.

Por tal razón, crear confusión en el mercado es reprimido por diferentes normas como son las de competencia desleal, las de defensa del consumidor y las de propiedad industrial.

Como ya se había expuesto, en relación con los signos distintivos (marcas, lemas, nombres y enseñas comerciales, etc.), debe decirse que frecuentemente se plantean, o se quiere plantear, conflictos de competencia entre la aplicación de las normas de competencia desleal y las marcarias. Como se dijo en el punto 5.1.1, considero que la competencia desleal no constituye un derecho subsidiario, pues tal posición desconoce la independencia que tienen las dos instituciones y la libertad que permite el afectado escoger el camino que juzgue más conveniente para sus intereses, tal y como lo prevé la LCD.

Esta afirmación se basa en que el origen de los derechos de propiedad industrial es distinto al de los de represión de la competencia desleal, pues mientras el primero encuentra su sustento en la defensa de derechos reconocidos por el Estado sobre un bien inmaterial determinado, la segunda busca sancionar el incumplimiento de la obligación de competir lealmente en beneficio de la transparencia del mercado.

Así, mientras las acciones de competencia desleal se asemejan a las acciones reales, pues se predicen respecto de un bien determinado, las acciones de competencia desleal responden al incumplimiento de un deber.

En este punto la LCD presenta un acierto, pues el Artículo 1º establece que el objeto de la ley es la protección de la leal y libre competencia, sin perjuicio de otras formas de defensa, y el artículo décimo afirma que se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión.

Actos de imitación (Artículo 14). La inclusión de los actos de imitación como constitutivos de competencia desleal, es una innovación que trae la LCD, pues ni las regulaciones anteriores, ni las normas vigentes, tocan el tema.

No obstante que la LCD establece que la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley (por ejemplo por derechos de propiedad industrial e intelectual), la misma ley establece restricciones a tales imitaciones, pues las sanciona en la medida que sean exactas, minuciosas y creen confusión en el público, lo cual se ha llamado imitación servil, o cuando aprovechen indebidamente la reputación ajena. Así mismo cuando el fin de la imitación sea impedir el afianzamiento en el mercado de un competidor, o se imiten sistemáticamente sus prestaciones e iniciativas empresariales, la ley considera que esta actitud es desleal.

No obstante lo anterior, la imitación no siempre es desleal, toda vez que la norma prevé que cuando ésta pueda entenderse como una respuesta natural del mercado, o cuando el riesgo de confusión sea inevitable, la imitación no será sancionada.

Explotación de la reputación ajena (Artículo 15). Nuevamente el artículo 15 de la LCD ratifica la coexistencia de instituciones para regular un hecho violatorio, de diferentes ordenamientos que reglan el comportamiento de los participantes en el mercado. El empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de las expresiones citadas en el inciso segundo de la norma, constituyen infracciones típicas del régimen marcario y son consideradas

por el legislador como delitos, además de conductas típicas de competencia desleal.

El aprovechamiento de la reputación ajena constituye una forma parasitaria de competir, pues implica tener una presencia en el mercado, a costa del esfuerzo económico e intelectual de un tercero. Tal actitud perjudicial para el competidor agredido, genera consecuencias nefastas para el consumidor que en no pocas ocasiones es víctima de la confusión que trae consigo este tipo de conductas, toda vez que lo que busca quien en ellas incurre, es crear en el público una identidad con aquel oferente al cual imita.

En consecuencia, la imitación de la reputación ajena viola el principio de transparencia que debe existir en el mercado, atentando en forma directa contra la libre y responsable competencia económica.

Actos de engaño, descrédito y comparación (Artículos 11, 12 y 13). Las conductas que a continuación se estudian tienen la particularidad de estar dirigidas contra el competidor, mediante mecanismos que buscan causar en el consumidor una impresión negativa del competidor o de sus productos, a fin de influir por esta vía en su decisión de compra.

Es sobre esta base que la veracidad de las afirmaciones cobra la máxima importancia, convirtiéndose en el factor básico a tener en cuenta cuando se hace el juicio objetivo sobre la realidad de las afirmaciones que envuelve la realización de estas conductas.

Por lo anterior, en este punto las normas se preocupan por los intereses de los consumidores al procurar que sus decisiones sean tomadas libres de error, y por los intereses de los competidores, al procurar que la realidad de sus productos o servicios no sea distorsionada por los actos de otros participantes en el mercado.

Para la LCD, se atenta contra el principio de veracidad cuando un participante utilice indicaciones o aseveraciones falsas o incorrectas, u omita mencionar las verdaderas cualidades o características de otro competidor.

Una afirmación es verdadera, cuando el juicio que expresa está de acuerdo con la realidad. Por el contrario, cuando de la comparación objetiva que se haga se concluya que la afirmación no refleja completamente la realidad del objeto (bien, servicio, actividad, persona, etc.), tal afirmación será falsa o incorrecta.

No obstante que desde el punto de vista de la "realidad" los términos falso e incorrecto pueden ser sinónimos, desde la perspectiva de la intencionalidad con que se realizan las afirmaciones existen diferencias entre las dos nociones. Así, mientras "falso" envuelve la intención de emitir un juicio que no es verdadero, "incorrecto" implica la ausencia de mala intención por parte de quien hace el juicio.

Dado que la LCD establece la responsabilidad objetiva, sancionando las conductas que tienen por objeto o por efecto engañar, desacreditar o comparar indebidamente los productos, servicios, actividades, prestaciones o relaciones mercantiles de los competidores, es de concluir que la LCD reprime la no

correspondencia de la afirmación con la realidad, independientemente de la intención del causante.

También se atenta contra la verdad cuando en las afirmaciones que se hacen, se omite mencionar las verdaderas características o cualidades del competidor. Al interpretar este punto se debe ser supremamente cuidadoso, toda vez que por esta vía se podría calificar como desleal cualquier alusión que se haga de un competidor, cuando no se mencionen absolutamente todas las características de todo el producto, servicio, actividad, etc. del competidor.

La causal citada debe ser entendida en el sentido que al nombrarse alguna característica del competidor, la mención debe ser completa, no pudiendo el actor referirse únicamente a los aspectos negativos de la característica mencionada, sino que debe al mismo tiempo citar todos los aspectos positivos del competidor, relacionados con el factor que se está tratando.

Entender que es desleal omitir mencionar todas las verdadera características de todo el producto, equivale a obligar a un competidor a hacerle publicidad a su rival, cosa contraria al sistema de libre competencia en el que la ley de la oferta y la demanda genera la multiplicidad de ofertas, cada una en provecho de aquel oferente que la hace.

Actos de engaño (Artículo 11). El artículo 11 de la LCD busca evitar que el consumidor sea engañado. En tal sentido la norma presume como desleal que se utilicen o hagan públicas indicaciones o aseveraciones falsas o incorrectas o se omitan las verdaderas, o cualquier otro tipo de conducta similar que induzca o pueda inducir a error a las personas que alcanza, respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles, el establecimiento o las características de los productos de otro participante en el mercado.

Se induce al público a error, cuando como fruto de una afirmación, se crea en la persona que recibe la información un concepto falso o incorrecto de la actividad, prestaciones mercantiles o del establecimiento ajeno.

Aún cuando los actos de engaño y los de confusión guardan algunas similitudes, especialmente en lo que se refiere al error de que es víctima el consumidor, se diferencian en que mientras quien incurre en actos de confusión busca que el consumidor cree una identidad entre sus productos y otros que son exitosos en el mercado, la persona que induce a error busca crear en el consumidor una imagen distorsionada del competidor, evitando cualquier identidad que se pudiera presentar con su propia oferta.

Es de anotar que ni en la ley española, ni en el proyecto inicial que fue presentado a consideración del Senado, los actos de engaño hacen referencia al competidor, pues en tales textos el error al que se induce al público está circunscrito a la propia oferta. En tal sentido el Proyecto de Ley buscaba castigar la falsa publicidad, la cual quedó excluida del artículo 11 de la Ley 256 de 1.996., cuando dicha falsedad se refiere a los productos, servicios o prestaciones propios.

En este punto toma importancia la cláusula general del artículo 7º, toda vez que no estando incluida la falsa publicidad en ninguno de los casos enunciados expresamente por el Legislador, se hace necesario acudir a esta norma para reprimir tales conductas, pues constituye un medio desleal apto para inducir a error y engaño al consumidor.

Actos de descrédito (Artículo 12).  
Desacreditar o denigrar del rival es otra de las conductas que tradicionalmente se han considerado desleales. Sin embargo, dentro del común de la gente, la noción de "desacreditar" es mucho más extensa que lo que ésta por naturaleza envuelve, pues generalmente los participantes en el mercado asumen que su competidor está denigrando, de ellos cada vez que dice algo que ellos mismos consideran que no les es favorable.

La palabra desacreditar debe ser entendida dentro de una noción íntegra de la competencia desleal, donde las virtudes de un oferente van a ser los factores que atraigan para sí una clientela y los factores negativos de un oferente van a generar que la clientela de éste se traslade en favor de su competidor.

En ese orden de ideas, la LCD presenta un gran avance respecto de la legislación derogada, pues parte del principio que todas aquellas afirmaciones que se hagan de un competidor deben corresponder a la realidad, y en consecuencia, deben ser exactas, verdaderas y pertinentes.

Las afirmaciones son exactas cuando son puntuales, fieles y cabales; son verdaderas cuando son acordes con la realidad; y son pertinentes cuando están relacionadas o tienen un vínculo directo con el objeto y el sentido de la afirmación.

En consecuencia, cuando una indicación o aseveración reúne estas características, no es considerada desleal por la LCD, pero faltando cualquiera de ellas, se deberá considerar que la afirmación es denigratoria.

Actos de comparación (Artículo 13)  
El artículo 13 de la LCD es realmente novedoso y conveniente, toda vez que regula y permite dentro de ciertos parámetros, las comparaciones entre productos, servicios y oferentes, con lo cual se adapta la legislación vigente a las técnicas modernas, especialmente en lo relacionado con publicidad comparativa. El proyecto sanciona las comparaciones que son falsas e incorrectas, así como aquellas que se refieren a extremos que no son análogos ni comprobables.

Una comparación se refiere a extremos que son análogos, cuando aquellos factores que se comparan guardan equivalencia en relación con los objetos que se están examinando.

En consecuencia y en armonía con las normas éticas de la publicidad, la comparación es permitida siempre y cuando sea cierta, verificable, y todo aquello que se compare sea susceptible de comparación.

Aunque considero que de acuerdo con los artículos 75 a 77 del Código de Comercio la comparación y la publicidad comparativa eran permitidas, la LCD hace claridad sobre el punto y no contradice el Estatuto para la Defensa del Consumidor ni las normas sobre propiedad industrial.

Por lo demás, la norma es sana, pues la comparación que se hace dentro de los parámetros arriba mencionados, beneficia no sólo a quien la realiza, sino también al consumidor que recibe una información clara y cierta acerca de los bienes que adquiere, y proporciona a los participantes en el mercado la oportunidad de exponer abiertamente sus ventajas, obligándolos a ceñirse en las comparaciones a la verdad, con la consecuente responsabilidad y transparencia que esto trae al mercado.

Actos contra el mercado (Artículos 18 y 19). Dentro de la nueva trilogía de intereses que incorpora la LCD, el interés público en mantener una competencia transparente se iguala al interés de los competidores en que no se desvíe indebidamente la clientela.

Es bajo esta nueva concepción con la que los artículos 18 y 19 de la LCD regula las actuaciones desleales en contra del mercado, concibiendo tal interés como un fin principal de la norma y no como se había entendido con anterioridad, por el efecto reflejo que repercutía en contra del competidor.

En otras palabras, si bajo el esquema de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio un comerciante se encontraba legitimado para solicitar que se reprimieran algunas prácticas de su competidor que lo afectaban por la desorganización que producían en el mercado, hoy en día dichas conductas se reprimen por el sólo hecho de afectar el mercado y no por las consecuencias negativas que tal actitud pudiera traer a un competidor individualmente considerado.

Violación de normas (Artículo 18). La competencia desleal encuentra su base en el principio de libre competencia económica que supone la igualdad de oportunidades para competir de todos los participantes en el mercado. Dentro de este esquema, es posible que la ley imponga limitaciones a la libertad de competencia, pero en todo caso tales limitaciones serán iguales para todos.

Cuando un competidor viola una ley y tal actitud le confiere una ventaja competitiva significativa frente a los otros participantes en el mercado, la supuesta igualdad de oportunidades y de limitaciones que debe existir en el mercado se rompe, pues no se puede asumir que los demás competidores deban también violar la ley para recobrar el equilibrio, toda vez que tal actitud sería completamente ilegal, inmoral, absurda y ajena al Estado de Derecho.

Dado que la competencia desleal ampara la transparencia en el mercado en beneficio de todos los que en él participan, la violación de normas en la forma sancionada por la ley encuadra dentro de filosofía de las conductas reprimibles por



la distorsión que genera en el mercado a raíz del rompimiento de la igualdad que debe imperar.

Es importante tener en cuenta que la LCD no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino el hecho de haber adquirido una ventaja competitiva substancial, pues el aprovechar éste factor (ventaja competitiva) es el que se constituye en desleal, por afectar la transparencia en el mercado.

Finalmente, de acuerdo con el principio de los efectos (Art. 4°), es indistinto para la LCD que la violación de la ley se haya producido en Colombia o en el extranjero, toda vez que como se ha dicho, la LCD opera siempre que los efectos principales del acto desleal tengan lugar, o estén llamados a tenerlos en el mercado Colombiano.

Pactos desleales de exclusividad (Artículo 19). Al igual que todas las conductas estudiadas, el legislador parte de un supuesto; a priori considera la práctica que describe como desleal, la cual en este caso consiste en pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad. No obstante lo anterior, la consideración de deslealtad no es absoluta, sino que está limitada a que los pactos de exclusividad persigan cualquiera de las siguientes alternativas:

Tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;

Tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado;

Tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios; y

Tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios.

Establecida la consideración de deslealtad en la forma descrita, cabe preguntarse si éstas se aplican a todos los contratos con cláusula de exclusividad, o si están limitadas a los contratos de suministro.

Si bien el artículo 19 de la LCD menciona únicamente los contratos de suministro, y en concordancia deroga en su artículo 33 los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, considero que la limitación no se aplica sólo al contrato mencionado, sino que puede ser extendida a todos los pactos de exclusividad.

Lo anterior se fundamenta en que los casos que enumera la ley son simplemente enunciativos y no taxativos y a través de la prohibición general del art. 7o. se podría extender la causal de deslealtad a otros contratos que contengan dichas cláusulas, pues los argumentos por los cuales los pactos de exclusividad son desleales, se fundamentan en razón de los efectos de la cláusula y no a los del contrato al cual acceden y dado que en derecho donde opera la misma razón debe seguirse la misma consecuencia, es de concluir que si dichos pactos pueden generar las consecuencias por las que se descalifican en el suministro, en cualquier otro contrato en el que se establezcan pueden también generar las mismas consecuencias.

Finalmente, el artículo 19 trae una excepción a todo lo anterior, la cual se refiere a las industrias licoreras mientras sean de propiedad de los entes territoriales. Dado que desde el punto de vista de la institución de la competencia desleal no encuentro ninguna justificación a esta excepción, me inclino por pensar que el Legislador tuvo consideraciones políticas para establecerla.

LAS ACCIONES JUDICIALES  
Como se expuso al principio de este trabajo, una de las principales razones por las que la competencia desleal fue una figura inoperante, radicaba en las dudas que se generaban por la forma en que se consagraba la acción de competencia desleal en el Artículo 76 del Código de Comercio.

Como se recuerda, la posición mayoritaria hasta antes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de septiembre de 1.995, era considerar que la acción de competencia desleal se encontraba en cabeza de quien efectivamente había sido perjudicado por actos de competencia desleal, lo cual dificultaba su aplicación, pues quien pretendiera obtener un resultado favorable en un proceso, debía probar los perjuicios sufridos como consecuencia de un acto culposo o doloso del demandado, con las dificultades que esto de por sí traía.

Dentro de esta concepción de la competencia desleal, la posibilidad de prevenir futuros perjuicios existía sólo para quien ya había sido perjudicado. Cronológicamente esta alternativa solo se presentaba en la sentencia que establecía la existencia de competencia desleal y suponía, como se dijo, haber probado los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual. Debido a lo anterior, quien presumía que podría ser víctima de un acto de competencia desleal futuro pero inminente, no contaba con una herramienta jurídica que le permitiera prevenir el daño que suponía iba a sufrir.

Estas dificultades que se presentaban en el Código de Comercio, unidas al hecho que ambos sujetos debían ser comerciantes, justificaba el cambio de legislación por una que atendiera realmente las necesidades de la economía.

Es así como la nueva LCD, reúne en dos acciones varias alternativas que permiten superar las dificultades que por 25 años hicieron que la figura de la competencia desleal fuera una convidada de piedra dentro del ordenamiento jurídico.

Basándose en las seis acciones que contiene la Ley Española de competencia desleal, el Legislador optó por simplificar la redacción que dicha ley tiene, agrupando las alternativas en una forma coherente y acertada.

La acción declarativa y de condena (Artículo 20, Numeral 1º). Para que la acción declarativa y de condena sea procedente, debe cumplir con unos supuestos básicos que son: Que en el mercado se haya producido un acto de los que la LCD califica como de competencia desleal, que dicha conducta envuelva fines concurrenciales, y que sus efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano.

Habiéndose cumplido con lo anterior, el afectado por tal conducta tendrá acción para solicitar al juez que declare judicialmente la ilegalidad de la conducta, y que

se ordene al infractor remover los efectos producidos por el acto, e indemnizar los perjuicios que le ha causado.

Por afectado debe entenderse la persona que ha sufrido un perjuicio, pues es la única que podría solicitar que se declararan las alternativas que la norma proporciona cuando el acto ya ha surtido efectos en el mercado. Como se verá al estudiar la legitimación activa, el afectado no sólo es el competidor, o aquella persona que sin ser competidor, individualmente considerada ha sufrido un perjuicio, sino que la noción se extiende a otras varias personas.

Por otra parte, considero que la acción declarativa y de condena reúne las siguientes alternativas para el afectado:

Que simplemente se declare la ilegalidad del acto;

Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto;

Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor indemnizar los perjuicios causados por dicho acto; y

Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto e indemnizar los perjuicios causados.

La razón para independizar las pretensiones citadas, obedece a que si bien para que el juez pueda ordenar que se remuevan los efectos y/o se indemnice al perjudicado es necesario que previamente se haya declarado la ilegalidad de la conducta, las dos últimas alternativas envuelven diferentes tipos de pretensión y de requisitos de procedibilidad, sin descartar que puedan acumularse.

Declarada la ilegalidad de la conducta, es posible que el afectado sólo pretenda que se remuevan los efectos producidos con el acto desleal. Así, la pretensión buscará que se devuelvan las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se llevó a cabo el acto, con lo cual el juez estaría imponiendo una condena de hacer. Bajo este supuesto, el afectado no tendría que entrar a probar la intencionalidad del actor, ni la cuantía de los perjuicios sufridos, sino simplemente el hecho causante de que él pueda considerarse como afectado.

A diferencia de la pretensión anterior, si lo que busca el demandante es que se le indemnicen los perjuicios sufridos, tal alternativa se traducirá en una condena dineraria, en la que el demandante tendrá que probar los elementos propios de la responsabilidad civil.

Finalmente, existe la posibilidad que el afectado pretenda que se remuevan los efectos del acto y se le indemnicen los perjuicios sufridos. Tal posibilidad envolverá una condena de hacer y una dineraria, que deben cumplir con los requisitos de cada una, los cuales se cumplen sin dificultad cuando se prueban los elementos de la pretensión indemnizatoria.

La acción preventiva o de prohibición (Artículo 20, Numeral 2º). La acción preventiva o de prohibición constituye uno de los mayores avances en materia de competencia desleal, toda vez que expresamente permite suspender la ejecución de los actos desleales antes que se produzcan los efectos negativos que éstos envuelven.

El establecer la acción en forma independiente de la indemnización de perjuicios, evita tener que probar los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual, con lo cual se remueven los requisitos que en concepto de muchos hicieron que la competencia desleal fuera una institución inoperante.

A diferencia de la acción declarativa y de condena, en que se requiere necesariamente que la conducta desleal ya se haya cometido, la acción preventiva o de prohibición comprende dos posibles situaciones: Que el acto desleal aún no se haya producido; o que habiéndose producido aún no haya causado perjuicio alguno.

El fundamento de estas pretensiones es el peligro que envuelven las conductas desleales, las cuales, por lo general, no se agotan en una única actuación, sino que suelen repetirse en el tiempo.

La primera alternativa envuelve una pretensión de prohibición, de tal forma que lo que se solicita al juez es que se ordene al demandado no realizar (hacer) aquella conducta que presumiblemente va a cometer y que envuelve un peligro para el demandante que piensa que puede llegar a ser afectado o perjudicado por la misma.

Por su parte, la segunda alternativa que contiene la norma comentada, ya no se refiere a actos que aún no se han producido, sino a aquellos que habiéndose cometido y que continúan en el tiempo, aún no han ocasionado perjuicios al demandante. Por lo tanto, la prohibición que trae la norma, se refiere a una cesación del acto desleal.

De esta forma se proporcionan elementos suficientes al demandante para defenderse de actuaciones desleales que presume que le van a causar perjuicios, sin tener que esperar a que la actuación produzca las consecuencias negativas que dicha conducta ocasionaría.

El sujeto activo de las acciones (Artículo 21). Tanto en la acción declarativa y de condena, como en la preventiva o de prohibición, el demandante puede ser cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal. La amplitud en la determinación del sujeto activo está en consonancia con lo establecido por los artículos 2º y 3º de la LCD, que como se ha dicho envuelven la concepción del modelo social, en el que la calidad de comerciante y la relación de competencia entre las partes fueron eliminadas por la ley.

La LCD, para desarrollar la trilogía de intereses que protege, legitimó para iniciar demandas por competencia desleal a las asociaciones o corporaciones gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros; a las asociaciones para la defensa de los consumidores cuando se afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores; y al Procurador General en nombre de la Nación, cuando se afecte de manera grave y directa el interés público a la conservación de un orden económico de libre competencia.

La participación de las entidades arriba citadas no es absoluta, pues está condicionada a que demuestren, según de quien se trate, que los intereses de sus miembros se ven gravemente afectados y para el caso de la Nación, que el interés público en un orden económico de libre competencia se ve afectado gravemente.

No obstante lo anterior, la prueba de la gravedad de la condición de legitimidad se presume cuando la totalidad de un sector económico, o una parte substancial del mismo, se vea afectado por la práctica desleal.

El sujeto pasivo (Artículo 22). Dado que para la realización de conductas constitutivas de competencia desleal no se requiere una relación de competencia y que el acto puede ser efectuado en beneficio propio o de un tercero, la ley sanciona por igual a la persona que ha incurrido en la conducta, como aquella que ha colaborado en la realización de la misma.

No obstante lo anterior, cuando el acto haya sido realizado por trabajadores u otros colaboradores en ejercicio de sus funciones o de obligaciones contraídas contractualmente, las acciones deberán dirigirse contra el patrono.

Cabe preguntarse si el inciso segundo del artículo 22 comprende todos los contratos, o si sólo abarca aquellos en los que se presenta en alguna forma la realización de un encargo en favor de otro, como por ejemplo contratos de trabajo, obra, agencia, suministro, etc.). La pregunta tiene importancia sobre todo en campos como la publicidad en los que innumerables personas prestan una colaboración efectiva en virtud de relaciones contractuales directas o indirectas con el posible infractor. En estos casos considero que el responsable del acto sigue siendo la persona en cuyo favor se estableció la obligación, pues es ella quien en determinado momento puede poner o ordenar poner en ejecución la actuación capaz de afectar el mercado con fines concurrenciales.

Prescripción de las acciones (Artículo 23). La LCD establece que las acciones prescribe en dos años contados 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 años contados a partir del momento de la realización del acto. En tal sentido, si el demandado prueba que el legitimado tuvo conocimiento que él había cometido el acto de competencia desleal antes de dos o más años contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda, se considerará que la acción ya había caducado. Si no es posible establecer la fecha en que el demandante tuvo

conocimiento de la persona que realizó el acto, la acción prescribirá en todo caso a los tres años de realizado el hecho.

En consecuencia, a los tres años de realizado el acto la acción caducará, salvo que se pueda demostrar la fecha en la que el demandante conoció el hecho, caso en el cual la acción habrá caducado a los dos años contados a partir de dicha fecha, siempre y cuando los dos años se encuentren dentro del límite de los tres años siguientes a la fecha de realización del acto.

Resulta importante establecer cuando se realizó un hecho en aquellos casos en los que el acto de competencia desleal no se realiza en un sólo momento, sino que está constituido por una sucesión de actos en el tiempo. Dos casos que ilustran lo anterior son los contratos de suministro y las campañas publicitarias.

Considero que en estos casos el término de prescripción debe contar a partir del momento en que se culminó la realización del último acto, pues se trata de actos complejos que a pesar de poderse dividir, conforman en esencia una unidad que envuelve un mismo objeto. En consecuencia, la actuación desleal no está constituida por cada uno de los actos individualmente considerados, sino por el conjunto de actos que reúnen una entidad determinable, contra la cual se dirigirá la acción judicial dentro de los tres años siguientes al momento en que finalizó el acto desleal.

#### DISPOSICIONES

#### PROCESALES

De conformidad con el Artículo 24 de la LCD, las acciones de competencia desleal se tramitan por el Procedimiento Abreviado del Código de Procedimiento Civil. Con este cambio de procedimiento, en teoría, se agilizan los procesos de competencia desleal que antiguamente se debían tramitar por el procedimiento ordinario. Adicionalmente el cambio de procedimiento conlleva que en los procesos por competencia desleal no sea admisible el recurso extraordinario de casación, pues el proceso abreviado no se encuentra dentro de aquellos susceptibles de dicho recurso .

La LCD faculta a quien se encuentre legitimado para presentar demandas por competencia desleal, para solicitar la práctica de diligencias preliminares de comprobación y medidas cautelares.

Competencia territorial (Artículo 25)  
Según la LCD, en principio la demanda debe ser presentada en el lugar donde el demandado tiene su establecimiento y a falta de éste su domicilio. Si el demandado carece de éstos en el Territorio Nacional, será competente el juez de aquel lugar donde tenga su residencia habitual.

Si el acto es cometido mediante un medio que hace que el mismo tenga efectos en un lugar distinto al del domicilio del infractor, serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar donde el demandado tenga su establecimiento; si carece de éste será el del domicilio, y si el demandante así lo escoge, el del lugar donde el acto se realizó.

Dado que en la práctica un acto de competencia desleal puede ser realizado en todo el Territorio Nacional al mismo tiempo, el demandante puede presentar la demanda en cualquier parte del país, pues la ley lo faculta para presentar la demanda en el lugar donde el acto se realizó.

Finalmente, cuando el acto se realiza en el extranjero, en concordancia con el artículo 4º de la LCD, el juez competente será el del lugar donde el acto produzca o esté llamado a producir sus efectos.

Diligencias preliminares de comprobación.  
La LCD no trae una definición de lo que son las diligencias preliminares de comprobación. De las diferentes normas que se ocupan de esta figura procesal, se desprenden las siguientes características que ayudan a entender la naturaleza de las mismas:  
Son previas al proceso.  
Deben tener carácter de urgentes.

Su objetivo es la comprobación de hechos que puedan constituir competencia desleal.  
Sólo se pueden presentar cuando no sea posible comprobar la realidad de la actuación sin la práctica de las diligencias.

Están encaminadas a la fijación anticipada de hechos que se presume que posteriormente no van a poder ser establecidos sin la práctica de las diligencias.

Sirven para integrar con mayor claridad las pretensiones del futuro proceso.

Diferencias con otras figuras.  
Aunque las diligencias preliminares guardan similitud con las medidas cautelares del Código de Procedimiento Civil, se diferencian en que mientras las primeras tienen por objeto preparar un proceso y asegurar la prueba, las medidas cautelares buscan asegurar los derechos que el demandante pretende se le reconozcan.

Así mismo las diligencias preliminares se diferencian de las pruebas anticipadas en que con éstas se realiza algo que se debe llevar a cabo durante el proceso, mientras que con las diligencias sólo se busca facilitar el mismo.

Trámite de las diligencias previas.  
El proyecto no dice cuál es el Juez competente para conocer de las diligencias preliminares, por lo cual se asume que debe ser el mismo Juez competente para conocer del proceso. En consecuencia, se aplica lo dicho para la competencia territorial.

Una vez presentada la solicitud para que se decreten las diligencias preliminares, el Juez podrá requerir informes u ordenar las investigaciones que considere oportunas. De considerarse que las diligencias son pertinentes, el Juez fijará una caución que prestará el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si el Juez deniega la pretensión, el auto que así lo decida será apelable en efecto suspensivo o en el devolutivo.

En la práctica considero que conceder el recurso en el efecto devolutivo no tendrá mayor aplicación, pues la única consecuencia posible que se genera de la decisión de negar la práctica de las diligencias preliminares, es que éstas no se lleven a cabo, por lo cual el cumplimiento de la providencia es automático y no es posible que se lleve a cabo el paso siguiente que sería simplemente practicar las diligencias.

Es importante resaltar que la decisión de admitir la práctica de diligencias preliminares no implica que el resultado perseguido por éstas sea el deseado, es decir que se establezca la existencia de un acto que genera o vaya a generar competencia desleal, sino simplemente que el Juez admite que se practique una diligencia a fin de obtener la verificación de un acto que puede ser útil en un futuro proceso por competencia desleal.

Una vez decretada la práctica de la diligencia preliminar, el Juez, con intervención si fuere necesario de los peritos designados para el efecto, y oídas las manifestaciones de quienes intervinieron en la diligencia, determinará si los elementos o actividades inspeccionados pueden servir para llevar a cabo actos de competencia desleal.

Si la decisión al respecto es negativa, el Juez dará por terminada la diligencia y ordenará que se forme un cuaderno separado en el que se incluirán las actuaciones que se mantendrá secreto, y notificará al solicitante que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias practicadas.

En los demás casos, el Juez efectuará una descripción detallada de los elementos que considera que sirven de medios para llevar a cabo actos de competencia desleal.

En todo caso, la decisión del Juez en torno al resultado de las diligencias previas de comprobación no es susceptible de ningún recurso.

Finalmente, de las diligencias no podrán expedirse otras certificaciones ni copias distintas a las destinadas a la parte afectada y las precisas para que el solicitante inicie la correspondiente acción judicial dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la práctica de la diligencia.

El afectado por las medidas previas en todo caso podrá solicitar que se le repongan los gastos y daños que se le ocasionaron, sin perjuicio de mantener viva la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios en que hubiese podido incurrir el solicitante.

Las medidas cautelares (Artículo 31). El artículo 31 de la LCD establece para prevenir la ocurrencia de perjuicios, una figura que ha bautizado con el nombre de "medidas cautelares".

Del texto del artículo 31 de la LCD se desprende que el objetivo de las medidas cautelares es prevenir que se presente un perjuicio para el demandante. En tal sentido las llamadas medidas cautelares responden más al fin que persiguen las



cauciones en nuestro régimen procesal, que al objetivo que para nosotros tienen las medidas cautelares, que no es otro que asegurar los posibles derechos del demandante.

Así mismo la LCD plantea que las medidas cautelares se pueden solicitar y practicar antes de la presentación de la demanda, lo cual modifica el régimen general del Código de Procedimiento Civil, pues en éste las medidas cautelares se solicitan con la demanda en cuaderno separado.

Finalmente el artículo 30 de la LCD remite a los artículos 568 del Código de Comercio y 678 a 690 del Código de Procedimiento Civil para fijar el trámite que se debe seguir en la práctica de las medidas cautelares. Al respecto es importante tener en cuenta las precisiones ya anotadas que trae la LCD, y que el juez es libre para determinar la medida cautelar que él considere pertinente para el cada caso particular.

Especialidad en materia probatoria (Artículo 32). La LCD trae una excepción al principio de que quien alega algo debe probarlo. En tal sentido el Artículo 32 de la LCD faculta al juez para invertir la carga de la prueba en aquellos procesos que traten sobre actos de engaño, descrédito o comparación, en lo referente a la exactitud y veracidad de las afirmaciones. La inversión de la carga de la prueba en este punto es de tal importancia, que si el demandado no aporta los documentos que demuestren la realidad de sus afirmaciones, el juez podrá considerar que éstas son falsas o inexactas.

VIGENCIA DE LA LCD (Artículo 33)  
La LCD fue publicada el 18 de enero de 1.996 en el Diario Oficial No. 42.692. Esta fecha tiene importancia, pues tratándose de una norma de carácter público e interés social, su aplicación es inmediata inclusive respecto de aquellos actos que se originaron antes de su vigencia, pero cuyos efectos se surten después de la misma.

Por otra parte la LCD desleal deroga expresamente los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, y tácitamente todas aquellas disposiciones que le sean contrarias, además de regular íntegramente la materia.

Es importante tener en cuenta que la derogatoria que se hace de las normas del Código de Comercio no implica simplemente que la LCD entre a tomar el lugar de los artículos 75 a 77 del Código.

No. Los efectos de la LCD son mucho más extensos e importantes.

Si la LCD simplemente llenara el vacío de las normas mercantiles derogadas, la competencia desleal seguiría siendo una institución típicamente mercantil, aplicándosele sólo a los comerciantes, y con un tinte eminentemente de derecho privado.

A partir del 19 de enero de 1.996, la competencia desleal es una institución de orden público económico, que protege los intereses de todos los participantes en el mercado, sean o no comerciantes, sean o no competidores. La competencia desleal

es una institución que ampara el derecho constitucional colectivo a la libre y leal competencia en el mercado, dejando de ser aquella herramienta que tutelaba exclusivamente el interés privado de aquel sujeto calificado como comerciante.

Bajo estas parámetros la competencia desleal adquiere su actual dimensión en procura del cumplimiento de su premisa esencial:

"COMPETENCIA SUFICIENTE, LIBRE Y NO FALSEADA".

## CONCLUSIONES

La noción tradicional que existía, según la cual la competencia desleal era una institución jurídica que protegía los intereses de cada comerciante individualmente considerado para evitar que un competidor le desviara su clientela mediante la utilización de actos contrarios a las costumbres mercantiles, ha sido substancialmente variada.

En efecto. Si bien es cierto que la LCD mantiene la valoración del juicio de lealtad de la conducta con base en los parámetros de las costumbres mercantiles y la buena fe comercial (criterios de valoración propios del modelo profesional o corporativo que contenía el Código de Comercio), hoy en día para atacar una conducta por competencia desleal ya no es necesario que entre las partes exista una disputa real por una clientela. Lo que es más; la LCD expresamente dispone que las conductas que en ella se describen no están supeditadas a que entre los sujetos exista una relación de competencia, con lo cual la LCD adopta una de las características fundamentales del modelo social.

La competencia desleal dejó de ser parte del Estatuto Mercantil para pasar a ser una norma de utilidad pública e interés social que protege el derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en beneficio de todos los participantes en el mercado. En tal sentido la competencia desleal dejó de ocuparse de los intereses privados de los comerciantes que fueran competidores, para entrar a amparar una trilogía de intereses, en los que el consumidor, el competidor y el Estado mantienen un interés permanente por la transparencia del mercado. Para que las conductas descritas por la ley sean consideradas como constitutiva de competencia desleal, deben haber sido cometidas en el mercado y envolver fines concurrenciales, los cuales se presumen cuando el acto, 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. Al igual que la mayoría de las legislaciones que se ocupan del tema, la LCD contiene una cláusula general y una enumeración de algunas conductas, que a título enunciativo y no taxativo, ilustran algunos comportamientos que la ley presume como desleales.

La LCD además de enumerar las prácticas tradicionales de la infracción, introduce conductas nuevas como son los actos de comparación indebida, la explotación de la reputación ajena, los actos de imitación, la inducción a la ruptura contractual y los pactos desleales de exclusividad. Bajo la nueva ley se acaba la discusión acerca de si la competencia desleal pertenece al ámbito de la responsabilidad subjetiva u objetiva.

La LCD al establecer las conductas constitutivas de la infracción dispone que éstas serán sancionadas cuando tengan por objeto o cuando tengan como efecto conseguir o producir la conducta prevista y descalificada por la ley. En tal sentido la LCD envuelve una responsabilidad objetiva que sanciona el comportamiento desleal, independientemente de la intencionalidad del infractor.

La LCD es una norma preventiva, pues legitima para iniciar acciones a quien piense que puede llegar a ser afectado por un acto de competencia desleal, para solicitar al juez la suspensión del acto aún cuando éste aún no lo haya perjudicado, o la prohibición de la conducta que presumiblemente va a cometer el infractor, aunque aún no haya incurrido en ella. Igualmente la competencia desleal es indemnizatoria, pues legitima al afectado por un acto de competencia desleal para solicitar al juez la declaratoria de deslealtad del mismo, la remoción de sus efectos y/o la indemnización de los perjuicios causados.

En concordancia con lo anterior, la LCD establece dos acciones que contienen las siguientes pretensiones: La declaración judicial de la deslealtad de la conducta; la remoción de los efectos negativos causados; la indemnización de los perjuicios sufridos; la prohibición del acto desleal que aún no se ha cometido; y la cesación del acto que habiéndose producido, aún no ha causado perjuicios. La LCD legitima para iniciar acciones de competencia desleal a cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses resulten perjudicados (afectado) o amenazados (quien piense que puede ser afectado) por los actos de competencia desleal. En adición a lo anterior, también se autoriza a las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales, las asociaciones de protección al consumidor, cuando los intereses de sus respectivos miembros se vean gravemente afectados, y a la Procuraduría General de la Nación en nombre de ésta, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público a la conservación de un orden económico de libre competencia. La LCD es una norma de utilidad pública e interés social, por lo cual su aplicación se hizo inmediata a partir de su publicación en el Diario Oficial (18 de enero de 1.996). En tal sentido la LCD es aplicable frente a los efectos generados por conductas realizadas antes de su vigencia, pero cuyos efectos permanecen o continúan bajo la vigencia de la nueva ley.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARONA VILAR Silvia, Competencia Desleal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991.

BAYLOS CORROZO HERMENEGILDO. Tratado de Derecho Industrial, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1978.

CAPITANT Henri. Vocabulario Jurídico. 7a. reimpresión. Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1979.

CODIGO COLOMBIANO DE AUTORREGULACION PUBLICITARIA. Bogotá Publicaciones Publicitarias Colombianas, 1986.

COMITE DE RIFAS JUEGOS Y ESPECTACULOS DE BOGOTA DISTRITO ESPECIAL.  
Resolución No. 297 del 29 de Octubre de 1980.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr.  
Jaime Paredes Tamayo. Concepto del 24 de mayo de 1989

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-164 del 27 de abril de 1.993, Magistrado  
Ponente Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-14, enero 25 de 1.994 Magistrado Ponente  
Doctor José Gregorio Henández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1.992.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Demanda de inconstitucionalidad  
contra los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio. Magistrado Ponente: Dr.  
Hernando Gómez Otálora. Aprobada por Acta 47 de julio 10 de 1986.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente, Dr.  
Nicolas Bechara Simancas. Frisby Ltda. Vs. Alimentos Nacionales Pinki S.A.  
Expediente No. 3939. 12 de septiembre de 1.995.

DEVIS Echandia Hernando. Compendio de Derecho Procesal - Pruebas Procesales.  
Tomo II, Décima Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1.994,

ESTRADA Villa Armando. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 44-94  
Senado. Gaceta Del Congreso . Año III No. 144 del 9 de septiembre de 1.994

GACHARNA María Consuelo. La Competencia Desleal, Bogotá; Temis, 1982.

JAECKEL K. Jorge, La Publicidad Comparativa Frente a la Competencia Desleal.  
Tesis de grado para optar al título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana.  
Bogotá. 1982.

JAECKEL K. Jorge. Publicidad Comparativa. Documento correspondiente a la  
exposición presentada ante la ANDA y UCEP el 15 de febrero de 1995.

JAECKEL K. Jorge. Análisis del Proyecto de Ley 67-94 Senado, 267-95 Cámara.  
Presentado ante el Centro de Estudios de la Competencia. Junio de 1.995.

MADRIÑAN DE LA TORRE Ramón, Principios de Derecho Comercial, Tercera  
Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

MARTINEZ NEIRA Néstor Humberto, Bogotá Julio 18 de 1985. Concepto publicado  
por la Asociación Nacional de Anunciantes en el Almuerzo-Foro "Interpretación y  
Alcance de las Normas Aplicables a la Publicidad Sobre Promociones en Colombia"  
Bogotá, Julio 25 de 1985.

MIRANDA Londoño Alfonso. Abuso de posición dominante: Perspectivas de aplicación a la luz del derecho comparado. En: Ciencias Jurídicas, Seminarios 5, "CEDEC" Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Santafe de Bogotá 1.996

MONROY Cabra Marco Gerardo. Introducción al Derecho, Editorial Temis, Bogotá 1.977

OSPINA Fernández Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Cuarta Edición. Bogotá, 1.984

PACHON Manuel, Algunos Aspectos de la Competencia Desleal (I), en Universitas, Vol. 73, Bogotá, 1987.

PACHON Manuel, Algunos Aspectos de la Competencia Desleal (II), en Universitas, Vol. 74, Bogotá, 1988.

PACHON Manuel Acción de desconocimiento de derechos exclusivos y acción de competencia desleal. En Revista de Derecho Mercantil No. 8. Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

PINZON Gabino Introducción al Derecho Comercial, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

Proyecto de Ley No. 67/94 Senado. Gaceta del Congreso No. 144 del 9 de septiembre de 1994.

Proyecto de Ley No. 264/95 - Cámara - en Serie Documentos 7, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Madrid, 1984.

RIPPE Siegbert. La Competencia Desleal, Montevideo; A.M.F. 1970.

SPENCER Milton H., Economía Contemporánea, Segunda Edición, Editorial Reverté s.a. Barcelona, 1983.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Proceso Ordinario de Legislación Económica contra Juan de Jesus Chamucero Jiménez, Magistrada Ponente : Dra. Necty Gutiérrez de Murcia, 25 de junio de 1985.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA, Proceso Ordinario de Baldosines Alfa Ltda. contra Baldosines Monserrate. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Cuevas Fonseca. Marzo 21 de 1987.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Proceso Ordinario de Surtidora de Aves Suc. #2 Y Otras contra Jorge Enrique Sierra León y Otros, Magistrado Ponente : Dr. Silvestre Góngora Rubiano, 10 de julio de 1992.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA, Proceso Ordinario - Competencia Desleal- de Pepe (U.K.) Limited y Otros contra Grupo Pepe Limitada y Otros. Magistrado Ponente: Edgar Carlos Sanabria Melo. Sentencia del 11 de junio de 1993.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA, Proceso ordinario de Epsilon Editores Ltda. contra Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. y Otros. 23 de marzo de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Cesar Julio Valencia Copete. Discutido y aprobado en Sala del 9 de marzo de 1994.

VALENCIA Zea, citado por ORTEGA Torres Jorge, Código Civil Comentado. Editorial Temis, 16° Edición Bogotá 1.983

VELASQUEZ R. Carlos Alberto. Competencia Desleal. En: Modernos Conceptos del Derecho Comercial, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1990.

VELASQUEZ R. Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Comercial, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1996.

VIRGOS Soriano Miguel. El Comercio Internacional en el Nuevo Derecho Español de la Competencia Desleal. Editorial Civitas, Primera Edición, 1.993, Madrid.