

C
I
E
N
C
I
A
S

Ju di

ní

cas



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 8

CEDEC II

Centro de Estudios
de Derecho
de la Competencia

COLECCIÓN SEMINARIOS N° 8

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

CEDEC II



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Facultad de Ciencias Jurídicas

1998

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

CEDEC II

Colección Seminarios N° 8

Emilio José Archila
Alfonso Miranda Talero
Gabriel Ibarra Pardo
Grupo Andino

1ª Edición 1998

ISBN Obra: 958-9176-32-1

ISBN Volumen: 958-683-046-2

Decano Académico
Dr. Gustavo Zafra Roldán

Decano del Medio Universitario
P. Luis Fernando Alvarez Londoño, S.J.

Autoedición, fotomecánica e impresión
Fundación Cultural Javeriana
de Artes Gráficas —JAVEGRAF—
Teléfono: 288 77 15
Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia

C
I
E
N
C
I
A
S

Ju ri di cas



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 8

CEDEC II

**Centro de Estudios
de Derecho
de la Competencia**

cas

ÍNDICE

Apuntes sobre competencia desleal	
JORGE JAECKEL	15
El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994	
SANTIAGO CONCHA	89
Nuevos temas en el marco del GATT	
GABRIEL IBARRA	95
Prácticas comerciales restrictivas de la competencia trasfronterizas: hacia una solución internacional	
MARÍA CLARA LOZANO	125
El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO	153
Uso legítimo de la marca en el proceso de integración andino	
XIMENA CASTELLANOS	221
MARGARITA CASTELLANOS	221
Perspectiva del sector privado sobre la aplicación de las leyes de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto del comercio internacional	
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO	241

Casos hipotéticos desarrollados para la cátedra
de mercado y competencia

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO 247

ÍNDICE

Apuntes sobre competencia desleal Jorge JARCKET	15
El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994 SANTIZO CORDERA	29
Nuevos temas en el marco del DATT GABRIEL IBARRA	92
Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transnacional: hacia una solución internacional MARIA CLARA LOZANO	125
El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones ALFONSO MIRANDA LONDOÑO	133
Uso legítimo de la marca en el proceso de integración andino XIMENA CASTELLANOS	221
MARGARITA CASTELLANOS	221
Perspectiva del sector privado sobre la aplicación de las leyes de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales en un contexto del comercio internacional ALFONSO MIRANDA LONDOÑO	241

PRÓLOGO

Durante el año de 1996 y lo que va corrido de 1997, el CEDEC ha desarrollado una gran actividad, que ha significado la consolidación del actual grupo de trabajo, discusión e investigación sobre los diversos temas relacionados con el derecho de la competencia. Las principales actividades del CEDEC durante el año de 1996 y lo que va corrido de 1997, han sido las siguientes:

PROGRAMAS DE POSGRADO

El CEDEC presentó módulos sobre competencia en los siguientes Programas de posgrado:

- Derecho comercial - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director), Gabriel Ibarra, Jorge Jaeckel y Marco Matías Alemán (1996 y 1997).
- Derecho comercial - Universidad de Los Andes. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director) y Santiago Concha (1997).
- Derecho económico - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director) y María Clara Lozano (1996 y 1997).
- Derecho económico - Universidad Nacional. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (1997).

- Derecho de las comunicaciones - Universidad Javeriana. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director), Jorge Jaeckel y Marco Matías Alemán (1996 y 1997).
- Derecho de las comunicaciones - Universidad Externado de Colombia. Módulo dictado por Alfonso Miranda Londoño (Director) y María Clara Lozano (1996).

PROLOGO

SEMINARIOS, DIPLOMADOS Y RONDAS DE TRABAJO

- Seminario denominado «Marcas y patentes, competencia y mercados», que se realizó el día 28 de mayo de 1996, el cual fue organizado por la Pontificia Universidad Javeriana, Top Management y la Asociación Colombiana de Pequeños Industriales —ACOPI—.

En esta actividad participaron los doctores Marco Matías Alemán, Alfonso Miranda Londoño y Jorge Jaeckel.

- Programa de Diplomado en Derecho de la competencia, que se realizó durante los meses de agosto y septiembre de 1996, el cual fue organizado por la Universidad Externado de Colombia.

En esta actividad participaron los doctores Emilio José Archila, José Orlando Montealegre, Juan Manuel Prieto, Jorge Jaeckel y Alfonso Miranda Londoño.

- Diplomado en Contratos comerciales, que se realizó durante el mes de marzo de 1997 en la Universidad del Rosario, dentro del cual se presentó un módulo de Derecho de la competencia, dictado por Alfonso Miranda Londoño.

- Ronda de trabajo sobre Política de competencia y su aplicación, que se realizó durante el mes de octubre en Buenos Aires - Argentina, el cual fue organizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE—.

En esta actividad participaron los doctores Gabriel Ibarra y Alfonso Miranda Londoño.

- Seminario para Promoción del estudio del derecho de la competencia, que se realizó el día 21 noviembre, el cual fue organizado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En esta actividad participó el doctor Alfonso Miranda Londoño.

- Reunión anual de la Sección "Antitrust" del "American Bar Association", que se realizó durante el mes de abril de 1997 en Washington, Estados Unidos, para la cual la Universidad Javeriana ofreció apoyo económico parcial.

En esta actividad participaron los doctores Gabriel Ibarra Pardo y Alfonso Miranda Londoño.

- En el mes de julio de 1997, el CEDEC se hizo presente en la reunión que preparó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— sobre política de competencia y privatizaciones, en Rio de Janeiro - Brasil.

TERTULIAS

Durante el año de 1996 se realizaron siete sesiones cuyos principales temas fueron:

- Derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones y en especial de la telefonía móvil celular.
- Análisis de la Ley 256 de 1996.
- Derecho de la competencia y el ordenamiento ambiental.
- Análisis de la Ley de 142 de 1994.
- Análisis del mercado aeronáutico colombiano a la luz del derecho comparado.

- La acción de competencia desleal como mecanismo de protección de la propiedad industrial y en especial del régimen de medidas cautelares.
- Los derechos y deberes de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Durante el año de 1997 se han realizado sesiones alrededor de dos temas principales:

- Derecho de la competencia en el sector de los servicios de salud. Análisis de los casos resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio y posición de las asociaciones médicas.
- Subordinación y control de sociedades. Grupos empresariales.

PARTICIPACIÓN DE LOS ALUMNOS DE PREGRADO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

A partir del segundo semestre de 1996, algunos alumnos de tercer año de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana colaboraron en diferentes actividades afines al CEDEC, cuyo resultado representa un muy importante aporte para el objeto de nuestro Centro de Estudios.

Las actividades realizadas por los alumnos son:

- Compilación de resoluciones y sentencias relacionadas con el derecho de la competencia.
- *Syllabus*.
- Compilación de normas sobre derecho de la competencia.
- Búsqueda de información relacionada con el derecho de la competencia en Internet.

INSTITUCIONALIZACIÓN DEL CEDEC

Con el fin de lograr los objetivos propuestos por nuestro Centro de Estudios, hemos presentado ante los decanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad, el proyecto de reglamento para que el CEDEC sea incluido formalmente como un Centro de Estudios dentro de la Universidad.

LA PRESENTE PUBLICACIÓN

La publicación que hoy se entrega contiene las siguientes investigaciones y documentos desarrollados en el seno del CEDEC, o bien dentro del ámbito de sus intereses. Los documentos son los siguientes:

- Apuntes sobre competencia desleal. Jorge Jaeckel.
- El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994. Santiago Concha.
- Nuevos temas en el marco del GATT. Gabriel Ibarra.
- Prácticas comerciales restrictivas de la competencia trasfronterizas: hacia una solución internacional. María Clara Lozano.
- El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Alfonso Miranda Londoño.
- Uso legítimo de la marca en el proceso de integración andino. Ximena Castellanos y Margarita Castellanos.
- Perspectiva del sector privado sobre la aplicación de las leyes de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto del comercio internacional. Alfonso Miranda Londoño
- Casos hipotéticos desarrollados para la cátedra de Mercado y competencia por Alfonso Miranda Londoño.

NUEVOS PROYECTOS

El CEDEC continuará realizando las tertulias, actividad que le permite a sus integrantes un permanente contacto y que ha demostrado ser el semillero de nuevas ideas e iniciativas. Adicionalmente pensamos finalizar el esfuerzo relacionado con la compilación de normas y el resumen de las decisiones sobre la materia, material que una vez publicado será sin duda de mucha utilidad para las personas dedicadas a investigar sobre este tema.

LA PRESENTE PUBLICACIÓN

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

Director del CEDEC

El presente documento contiene las siguientes investigaciones desarrolladas en el seno del CEDEC, o bien dentro del ámbito de sus intereses. Los documentos son los siguientes:

- Apuntes sobre competencia desleal. Jorge Jackel.
- El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994. Santiago Combarros y Gabriel Jarama.
- Nuevos temas en el marco del GATT. Gabriel Jarama.
- Prácticas comerciales restrictivas de la competencia transnacional. María Clara Lora.
- El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Alfonso Miranda Londoño.
- Uso legítimo de la marca en el proceso de integración andino. Ximena Castellanos y Margarita Castellanos.
- Perspectiva del sector privado sobre la aplicación de las leyes de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas nacionales, en un contexto del comercio internacional. Alfonso Miranda Londoño.
- Casos hipotéticos de arrolados para la caída de Mercados y competencia por Alfonso Miranda Londoño.

APUNTES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

JORGE JAECKEL K.

1. INTRODUCCIÓN

Los artículos 75 a 77 del Código de Comercio han muerto. Viva la nueva Ley de Competencia desleal.

La Ley 256 de 1996 “Por la cual se dictan normas sobre Competencia desleal”(en adelante LCD), derogó completamente los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, introduciendo una concepción nueva en lo relacionado con dicha institución jurídica, tipificando conductas que no se encontraban en la vieja legislación, estableciendo nuevas acciones judiciales, así como un procedimiento diferente al que existía hasta el 18 de enero de 1996, fecha en la cual fue publicada la ley en el *Diario Oficial*.

Antes de iniciar el estudio de la LCD, deseo aclarar que en junio de 1995 escribí un trabajo titulado “Análisis del proyecto de ley 67 de 1994 —Senado, 271 de 1995— Cámara” en el cual exponía algunas consideraciones tendientes a modificar ciertos aspectos de lo que en ese momento era apenas un Proyecto de ley sobre Competencia desleal que se cursaba en el Congreso de la República.

En esta ocasión la perspectiva con la que se analiza la LCD es completamente distinta, pues lo que se pretende es exponer algunas de las razones por las cuales considero que se justificó la expedición de la Ley 256 de 1996, para así entrar a analizar los nuevos principios en que

se orienta esta institución, las conductas que sanciona y las acciones y procedimientos judiciales que establece.

2. JUSTIFICACIÓN DE UNA NUEVA NORMA QUE REGULE LA COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA

No obstante que hasta antes de la expedición de la LCD existían en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas que tenían que ver con competencia desleal¹, 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:

- I. Las normas sobre competencia desleal que contenía el Código de Comercio se aplicaban solamente a los comerciantes;
- II. Tan sólo hasta el 12 de septiembre de 1995, 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
- III. 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

1 Algunos ejemplos de normas en que se encontraban disposiciones relacionadas con competencia desleal son las siguientes: La Ley 59 de 1936 que aprobó la Convención Interamericana sobre Protección marcaria y comercial, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929 y depositada su ratificación el 22 de julio de 1936.

dolo o culpa, otros pensaban que se trataba de una institución que preveía una responsabilidad objetiva.

2.1. 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 comercio².

Respecto de la calidad de los sujetos involucrados en un acto de competencia desleal, el doctor Néstor 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. 7° C.P.), 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 1° 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”³.

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.

2 Al respecto se puede consultar entre otros: Pinzón Gabino, *Introducción al derecho comercial*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985; Madriñán De La Torre Ramón, *Principios de derecho comercial*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

3 Martínez 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.

“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”⁴.

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—)”⁵⁶.

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.

4 Comité de Rifas Juegos y Espectáculos de Bogotá Distrito Especial. Resolución N° 297 del 29 de octubre de 1980.

5 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, proceso ordinario de Epsilon Editores Ltda. contra Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. y otros. 23 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. César Julio Valencia Copete. Discutido y aprobado en Sala del 9 de marzo de 1994.

6 Otros ejemplos de providencias que se pronuncian en este mismo sentido se encuentra en Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, proceso ordinario de Baldosines Alfa Ltda. contra Baldosines Monserrate. Magistrada ponente: Dra. Gloria Cuevas Fonseca. Marzo 21 de 1987 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, proceso ordinario de Epsilon Editores Ltda. contra Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. y otros. Magistrado ponente: Dr. César Julio Valencia Copete. 23 de marzo de 1994.

2.2. NO EXISTÍA UNA POSICIÓN DEFINIDA ACERCA DE SI LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL QUE CONTEMPLABA EL CÓDIGO DE COMERCIO ERA INDEMNIZATORIA O DE PELIGRO

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 76⁷ del Código de Comercio.

Hasta antes de que la Corte Suprema de Justicia expidiera la sentencia del 12 de septiembre de 1995, 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”⁸.

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 demandado⁹.

7 Código de Comercio, art. 76. El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal.

El juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria, de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso.

8 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.

9 Respecto de el carácter indemnizatorio de la acción de competencia desleal y de la necesidad de que en el proceso se prueben la existencia de los elementos propios de la responsabilidad civil, como son el dolo o culpa, los perjuicios y el nexo de causalidad entre unos y otros, se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias del Tribunal Superior de Bogotá. Proceso ordinario de Legislación Económica contra Juan de Jesús Chamucero Jiménez,

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 1995. 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”¹⁰.

Aun 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.

magistrada ponente: Dra. Necty Gutiérrez de Murcia, 25 de junio de 1985; proceso ordinario de baldosines Alfa Ltda. contra baldosines Monserrate, magistrada ponente: Dra. Gloria Cuevas Fonseca. Marzo 21 de 1987; 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; proceso ordinario de Epsilon Editores Ltda. contra Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. y otros, magistrado ponente: Dr. César Julio Valencia Copete. 23 de marzo de 1994.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente, Dr. Nicolás Bechara Simancas. Frisby Ltda. vs. Alimentos Nacionales Pinki S.A. Expediente N° 3939. 12 de septiembre de 1995.

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.

2.3. HASTA ANTES DE LA SENTENCIA DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 1995 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 perjuicios¹¹.

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 Santa Fe 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 (...).

¹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de julio de 1986, ya citada.

(...) 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 (...)”¹².

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”¹³.

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.

12 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, 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.

13 Corte Suprema de Justicia. *Op.cit.*

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, o, 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.

3. 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.

3.1. 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:

- I. 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
- II. 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.

3.2. NOCIÓN DE COMPETENCIA

La competencia, dependiendo del medio en el cual se esté tratando, tiene diferentes significados, aun 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"¹⁴, 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"¹⁵.

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.

14 Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, Madrid, 1984.

15 Spencer Milton H., *Economía contemporánea*, segunda edición, Editorial Reverté S.A. Barcelona, 1983.

“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”¹⁶.

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.

3.3. 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

16 Pachón Manuel, Algunos aspectos de la competencia desleal (II), en *Universitas*, vol. 74, Bogotá, 1988.

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, mas no el fin perseguido.

3.4. 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 social¹⁷.

17 Barona Vilar Silvia, Competencia desleal. Tirant Lo Blanch. 1ª edición. Valencia, 1991. Págs. 16 y sig.

3.4.1. *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.

3.4.2. *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 competencia¹⁸ 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:

- I. Tanto el sujeto activo, como la víctima de actuación, debían ser comerciantes;
- II. Entre las partes debía existir una relación de competencia; y

18 Disputa por una clientela común, actual o potencial.

III. 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 1994, 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.

3.4.3. *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 desleal¹⁹.

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 conjun-

19 Virgos Soriano Miguel. *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*. Editorial Civitas, primera edición, 1993, Madrid. Pág. 22.

to 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”²⁰

4. LA NOCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA NUEVA LCD

Aun cuando la cláusula general de competencia desleal que trae el artículo 7° 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 desleal²¹ de donde nuestra nueva ley copió la mayor parte de sus preceptos.

4.1. MEZCLA DE MODELOS

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

El artículo 7° de la LCD, en concordancia expresa con el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París²²

“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

20 Ibídem Pág. 20.

21 Ley 3 del 10 de enero de 1991.

22 El numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París establece:

«2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial».

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".

4.2. 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 las infracciones que se cometan; mientras de los actos constitutivos de competencia desleal se ocupa el órgano jurisdiccional, las prácticas restrictivas de la competencia son conocidas por la Rama Ejecutiva.

5. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LCD

De los cuatro capítulos en que se divide la LCD²³, 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 7°.

5.1. EL OBJETO DE LA LEY²⁴

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

-
- 23 La LCD, siguiendo la estructura originaria de la ley española sobre la materia, se divide en cuatro grandes capítulos que agrupan los siguientes temas: i) los principios generales en los que se basa la ley; II) unas conductas constitutivas de la infracción; III) las acciones judiciales; y IV) las normas procesales que determinan el trámite judicial.
- 24 Ley 256 de 1996, art. 1° - Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

5.1.1. 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 distintos²⁵.

En consecuencia una misma conducta puede ser conocida, analizada o sancionada por diferentes autoridades, como serían la Jurisdicción Ordinaria o el Órgano 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 doctrinantes²⁶ consideraban que cuando se presentaba alguno de estos conflictos, éstos se debían resolver 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.

5.1.2. 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.

25 Los casos más comunes se presentan entre competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia y entre la primera y la propiedad industrial.

26 Pachón Manuel, Acción de desconocimiento de derechos exclusivos y acción de competencia desleal. En *Revista de Derecho Mercantil* N° 8. Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

Dado que la LCD es un desarrollo del artículo 333 de la Constitución Política²⁷ y que ésta considera que la libre competencia económica es un derecho colectivo²⁸, 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 perduran 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 LCD²⁹.

27 C.P. art. 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

28 C.P., art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

29 Véanse los pactos desleales de exclusividad (art.19) que se estudian en el punto 6.2.5.2. de este trabajo.

Siguiendo al profesor Monroy Cabra, quien es citado por la Corte Constitucional³⁰, la teoría de Paul Rubier³¹ 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”³².

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 adquirido³³ alguno, pues al dominio de quien incurre en la actuación descalificada no ha ingresado ningún derecho. Asimismo 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 Pinzón³⁴, la clientela sólo 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.

30 Corte Constitucional, sentencia T-164 del 27 de abril de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

31 Según el propio Monroy Cabra la teoría de Roubier es la más acertada y la que mayor aceptación ha tenido entre nuestros tribunales.

32 Monroy Cabra Marco Gerardo. *Introducción al derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, págs. 303 y sig.

33 C.P., art. 58.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

34 Pinzón Gabino. *Op.cit.*, pág. 192.

5.1.3. 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 3° que se analiza más adelante³⁵.

5.1.4. 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.

35 Véase punto 5.3. de este trabajo.

5.2. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN Y LOS FINES CONCURRENCIALES³⁶

En la exposición de motivos inicial de la ley³⁷ 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 concursenciales, 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 concursenciales, 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 2° 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 2° de la ley, haber sido realizado en el mercado con fines concursenciales. 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 concursenciales, tal acto no será constitutivo de la sanción³⁸.

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

36 Ley 256 de 1996, art. 2°, Ambito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen (sic) en el mercado y con fines concursenciales.

La finalidad concursal del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

37 H. S. Estrada Villa Armando. Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 44-94 Senado. *Gaceta del Congreso*. Año III N° 144 del 9 de septiembre de 1994.

38 La única excepción a la necesidad de que el acto se realice en el mercado y que tenga fines concursenciales la constituye la "violación de secretos" del artículo 16 de la LCD, el cual se expone en el punto 6.2.2.2 de este trabajo.

5.2.1. *Que el acto se realice en el mercado*

Esta característica que se exige al acto desleal, debe ser armonizada con el artículo 4° de la LCD que establece el principio de los efectos. Como se verá³⁹, 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.

5.2.2. *Los fines concurrenciales*

El segundo elemento que el artículo 2° exige para que la conducta pueda ser calificada como desleal, se refiere a la finalidad concurrencial que debe envolver la práctica.

Según el inciso final del artículo 2°, se presume que una conducta tiene “fines concurrenciales”, “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 2°:

- I. La valoración del acto es objetiva. En consecuencia, para determinar si una actuación envuelve fines concurrenciales, 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 concurrenciales.
- II. 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

39 Véase punto 5.4.

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 el 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 o 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.

III. El inciso final del artículo 2° 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.

IV. 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 concurrencia son sinónimos⁴⁰, y que coincido 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 concurrencia 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

40 Al respecto se puede ver Pachón Manuel, *Op.cit.*, pág. 184, quien además cita a Federico Carlos Saiz de Robles.

conducta. En consecuencia, una conducta tendrá fines concurrenciales 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.

5.3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN⁴¹

Como se expuso, una de las principales causas por las que se justificó la expedición de la Ley 256 de 1996, radicaba en que la competencia desleal era una institución que se aplicaba solamente a los comerciantes⁴².

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 desleal⁴³.

41 Ley 256 de 1996, art. 3º, Ámbito subjetivo de aplicación. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

42 Véase punto 2.1. de este trabajo.

43 El tema específico de la legitimación se estudia en el punto 7.3. de este trabajo.

5.4. ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN⁴⁴

El artículo 4° de la LCD se ocupa de la aplicación de la ley en el espacio. Resulta interesante observar cómo 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 desleal⁴⁵ 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 extranjero⁴⁶.

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 económica⁴⁷.

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 este 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.

44 Ley 256 de 1996. Art.4°, Ambito territorial de aplicación. Esta ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

45 Por ejemplo: la falsa publicidad de un producto que se comercializa en el mercado colombiano pero cuya publicidad se ordena, origina y trasmite desde el extranjero y que se capta en el país mediante revistas que circulan en Colombia o a través de sistemas de televisión por suscripción.

46 En concordancia con el principio de los efectos está el artículo 25 de la LCD sobre competencia territorial, el cual se estudia en el punto 8.1. de este trabajo.

47 Virgos Soriano Miguel, *Op.cit.*, pág. 53.

5.5. LAS PRESTACIONES MERCANTILES⁴⁸

Aun cuando tradicionalmente se ha entendido que la prestación es el objeto de la obligación, y que ésta consiste en dar, hacer, o no hacer⁴⁹, 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 mercancías⁵⁰, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos⁵¹ o negativos⁵², 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 las 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.

48 Art. 5°, Concepto de prestaciones mercantiles. Las prestaciones mercantiles pueden consistir en 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, que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico.

49 Ospina Fernández Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Editorial Temis, cuarta edición. Bogotá, 1984, pág. 21.

50 Lo cual es una prestación de dar.

51 Lo cual es una prestación de hacer.

52 Lo cual es una prestación de no hacer.

5.6. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN (ARTÍCULO 6^o53)

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^o de la LCD establece 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 daño⁵⁴.

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»⁵⁵.

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.

53 Art. 6^o, Interpretación. Esta ley deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común; y competencia económica y libre y leal pero responsable.

54 Corte Constitucional, sentencia T-14, enero 25 de 1994 magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo.

55 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, Santa Fe de Bogotá 1996, pág. 22.

6. 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 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.

6.1. LA CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

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

“Artículo 7. Prohibición general: Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones, el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París⁵⁶ 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 7° 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 7° de la LCD se llega a las siguientes conclusiones:

6.1.1. Se ratifica la prohibición del artículo 1°

El inciso primero del artículo comentado es tajante al ratificar la prohibición que venía desde el artículo 1° 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.

6.1.2. Se mezcla el modelo profesional y el social

El artículo 7° 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 beneficio del orden económico y de la comunidad.

⁵⁶ El numeral 2° del artículo 10 bis del Convenio de París establece:

“2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial».

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.

6.1.3. La buena fe comercial

El artículo 7° 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 actuaciones⁵⁷.

Asimismo es importante resaltar que la buena fe en cualquiera de sus diversas especies (simple, exenta de culpa, comercial, etc.) se presume⁵⁸, 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.

57 Monroy Cabra Marco Gerardo. *Op.cit.*, pág. 289. Corte Constitucional, sentencia T-469 del 17 de julio de 1992. Valencia Zea, citado por Ortega Torres Jorge, Código Civil Comentado. Editorial Temis, 16° edición Bogotá, 1983. pág. 329.

58 Artículo 835 del Co. de Com., en concordancia con el artículo 769 del C.C. y el artículo 83 de la C.P.

6.1.4. *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 3° del Código de Comercio⁵⁹, 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 imperantes⁶⁰. ¿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 sólo responden a las infracciones al orden jurídico”⁶¹.

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

59 Código de Comercio, art. 3° - La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

60 Jaeckel K. Jorge. *La publicidad comparativa frente a la competencia desleal*. Tesis de grado presentada para optar al título de abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1992. Jaeckel K. Jorge. *Publicidad comparativa*, documento correspondiente a la exposición presentada ante la ANDA y UCEP el 15 de febrero de 1995.

61 Corte Suprema de Justicia; sentencia del 10 de julio de 1986; magistrado ponente: Dr. Hernando Gómez Otálora.

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 solo 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.

6.1.5. 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 Pinzón⁶², 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.

62 Pinzón Gabino. *Op.cit.*, págs. 104 y 105.

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.

6.1.6. *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"⁶³.

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

63 Art. 27 del C.C.

con la realidad que pretende regular o al enfrentar su tenor literal con el contenido normativo del conjunto de la ley⁶⁴.

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.

64 Entre muchos otros se puede consultar a Monroy Cabra Marco Gerardo, *Op.cit.*, pág. 281.

6.1.7. El funcionamiento concurrencial del mercado

Al igual que en el caso anterior, el artículo 7° 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.

6.2. 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 encuadró 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 legales⁶⁵, que si bien pueden ser

65 Código Civil, art. 66. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

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 existan⁶⁶, 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.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

66 Devis Echandía Hernando. *Compendio de derecho procesal - Pruebas procesales*. Tomo II, décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994, pág. 549.

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.

6.2.1. *Actos de desviación de la clientela (artículo 8°)*⁶⁷

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 8° de la LCD se asemeja a los numerales 4° y 9° del derogado artículo 75 del Código de Comercio, pues tanto en éste como en aquéllos, 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.

67 Ley 256 de 1996, art. 8°, Actos de desviación de la clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

6.2.2. *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.

6.2.2.1. *Actos de desorganización (artículo 9º)*⁶⁸

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.

6.2.2.2. *Violación de secretos (artículo 16)*⁶⁹

No obstante que el artículo 75 del Código de Comercio contemplaba como desleal la obtención de secretos de la empresa competidora, la

68 Ley 256 de 1996, art. 9º, Actos de desorganización. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

69 Ley 256 de 1996, art. 16, Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá asimismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta ley.

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 las conducta sea reprimida por otras normas, como son por ejemplo las penales y las financieras⁷⁰.

70 Algunos ejemplos de lo anterior son las siguientes normas del Código Penal: art. 148^a. Adicionado. L. 190/95, art. 27. Utilización indebida de información privilegiada. El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea este persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal.

Art. 238. Violación de reserva industrial. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de treinta mil a trescientos mil pesos.

La pena será de dieciocho (18) meses a seis (6) años de prisión y multa de cincuenta mil a quinientos mil pesos, si se obtiene provecho propio o de tercero.

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 cometidas en el mercado y que tenga fines concurrenciales para que la acción judicial sea procedente.

6.2.2.3. *Inducción a la ruptura contractual*⁷¹

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.

Art. 289. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

En la misma pena del inciso primero incurrirá, el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial.

71 Art. 17. Inducción a la ruptura contractual. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

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

6.2.3. 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 consiente del problema y ha previsto estas formas de competencia desleal en normas tales como la Ley 59 de 1936⁷², el Código de Comercio y la reciente Ley 178 de 1994, aprobatoria de la Convención de París sobre Propiedad industrial.

6.2.3.1 Crear confusión (artículo 10)⁷³

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 enseññas 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 subsidiario⁷⁴, pues tal posición

72 La Ley 59 de 1936 aprobó la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial, firmada en Washington el 20 de febrero de 1929 y depositada la ratificación el 22 de julio de 1936.

73 Ley 256 de 1996, art. 10. Actos de confusión. En concordancia con lo establecido por el punto 1° del numeral 3° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

74 Pachón Manuel, Acción de desconocimiento de derechos exclusivos y acción de competencia desleal. En *Revista de Derecho Mercantil* N° 8. Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

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 deber⁷⁵.

En este punto la LCD presenta un acierto, pues el artículo 1° 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.

6.2.3.2. Actos de imitación (artículo 14)⁷⁶

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

75 La competencia desleal se ubica dentro del derecho a la libre competencia económica (art. 333 C.P.) el cual a su vez es un derecho constitucional colectivo (art. 88 C.P.).

76 Ley 256 de 1996, art. 14. Actos de imitación. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

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. Asimismo 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.

6.2.3.3. Explotación de la reputación ajena (artículo 15)⁷⁷

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 marcario⁷⁸ y son consideradas por el legislador como delitos⁷⁹, además de conductas típicas de competencia desleal.

77 Ley 256 de 1996, art. 15. Explotación de la reputación ajena. Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase», «género», «manera», «imitación», y similares.

78 Al respecto entre otros se encuentran la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial y la Convención Interamericana para la Protección Marcarioa firmado en Washington en 1929.

79 Código Penal art. 236. Usurpación de marcas y patentes. El que utilice fraudulentamente nombre, enseña, marca, dibujo, etiqueta, patente o modelo industrial, comercial o agropecuario protegido legalmente, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de dos mil a cien mil pesos.

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.

6.2.4. *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 competidor⁸⁰, 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 norma se preocupan por los intereses de los consumidores al procurar que sus decisiones sean tomadas libres de error⁸¹, y por los intereses de los competidores, al procurar que

80 En este punto el concepto de competidor comprende «la actividad, las prestaciones mercantiles, el establecimiento, los productos, los servicios, las relaciones comerciales pertenecientes o desarrolladas por otro participante en el mercado».

81 Decreto 3466/82 (Estatuto para la defensa del consumidor), art. 14. Marcas, leyendas y propagandas. Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° a 7° del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e

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 mencio-

idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso.

Art. 15. Propaganda con imágenes. Cuando la propaganda comercial de un bien o de un conjunto de bienes se haga utilizando imágenes del bien o del conjunto, como cuando en su envase o empaque, o en etiquetas adheridas a tal envase o empaque, o en cualquier otro medio de publicidad empleado para hacer la propaganda, aparezcan películas, fotografías o dibujos del bien o del conjunto de bienes, la cantidad de uno u otro, contenida dentro del envase o empaque, deberá ser, como mínimo, la que aparezca en las imágenes empleadas en la propaganda. En caso contrario, el productor responderá por inducción a error al consumidor respecto de la cantidad.

nen 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 verdaderas 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.

6.2.4.1. Actos de engaño (artículo 11)⁸²

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.

82 Ley 256 de 1996, artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3° del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Aun 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 española⁸³, ni en el proyecto inicial que fue presentado a consideración del Senado⁸⁴, 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 1996, cuando dicha falsedad se refiere a los productos, servicios o prestaciones propios.

En este punto toma importancia la cláusula general del artículo 7°, 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.

6.2.4.2. Actos de descrédito (artículo 12)⁸⁵

Desacreditar o denigrar del rival es otra de las conductas que tradicionalmente se han considerado desleales. Sin embargo, dentro del común

83 España, Ley 3 de 1991, art. 7. Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

84 Proyecto de Ley 44 de 1994 Senado. Art. 11. Actos de engaño. Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas que se dirige o alcanza.

85 Ley 256 de 1996, artículo 12. Actos de descrédito. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3° del artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

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.

6.2.4.3. Actos de comparación (artículo 13)⁸⁶

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.

86 Ley 256 de 1996, art. 13. Actos de comparación. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Asimismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean 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 publicidad⁸⁷, 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 permitidas⁸⁸, 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.

6.2.5. 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 regulan 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

87 Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, arts. 30 y siguientes.

88 Jaeckel K. Jorge. *La publicidad comparativa frente a la competencia desleal*. Tesis de grado presentada para optar al título de abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1992. Jaeckel K. Jorge. *Publicidad Comparativa*, Documento correspondiente a la exposición presentada ante la ANDA y UCEP el 15 de febrero de 1995.

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.

6.2.5.1. *Violación de normas (artículo 18)*⁸⁹

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.

89. Ley 256 de 1996, art. 18. Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

6.2.5.2. Pactos desleales de exclusividad (artículo 19)⁹⁰

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:

- I. Tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- II. Tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- III. Tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios; y
- IV. 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 solamente 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. 7° se podría extender la causal de deslealtad a otros

90 Ley 256 de 1996, art. 19.- Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.

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 acceden⁹¹ 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.

7. 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 1995, 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 solamente para quien ya había sido perjudicado. Cronológicamente esta alternativa sólo se presentaba en la sentencia que establecía la existencia de competencia desleal y suponía, como se dijo, haber probado los elementos propios de la

91 De no entenderse que la cláusula de exclusividad es lo que se considera desleal, se llegaría a la conclusión de que todos los contratos de suministro son desleales.

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.

7.1. LA ACCIÓN DECLARATIVA Y DE CONDENA (ARTÍCULO 20, NUMERAL 1º)⁹²

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 concurrentiales, 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

92 Ley 256 de 1996, art. 20. Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 (el artículo es el 31) de la presente ley...

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:

- I. Que simplemente se declare la ilegalidad del acto;
- II. Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto;
- III. Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor indemnizar los perjuicios causados por dicho acto; y
- IV. 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 afectado⁹³.

93 Ejemplos de remoción de efectos son las rectificaciones que el demandado fuera obligado a hacer como consecuencia de actos de engaño, comparación indebida, descrédito, etc. No obstante lo anterior, es posible que en la práctica la remoción de perjuicios ya no sirva para cumplir con el objetivo que persigue.

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.

7.2. LA ACCIÓN PREVENTIVA O DE PROHIBICIÓN (ARTÍCULO 20, NUMERAL 2º)⁹⁴

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.

94 Ley 256 de 1996, artículo 20. Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

(...)

2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

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.

7.3. EL SUJETO ACTIVO DE LAS ACCIONES (ARTÍCULO 21)⁹⁵

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 2° y 3° de la LCD,

95 Ley 256 de 1996, art. 21. Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

- Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.
- Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.
- El Procurador General de la Nación en nombre de la nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público a la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o a una parte sustancial del mismo.

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.

7.4. EL SUJETO PASIVO (ARTÍCULO 22)⁹⁶

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.

96 «Artículo 22. Legitimación pasiva. Las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley, 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 directas⁹⁷ o indirectas⁹⁸ 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.

7.5. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES (ARTÍCULO 23)⁹⁹

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 trascurso 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 demanda¹⁰⁰, se considerará que la acción ya había caducado. Si no

97 Por ejemplo las agencias de publicidad.

98 Por ejemplo las imprentas y *free lancers* que son contratados por la agencia.

99 Ley 256 de 1996, art. 23.- Prescripción. Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el trascurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto.

100 Artículo 90 del C.P.C., reformado por el decreto 2282 de 1989. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

(...) Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario, será indispensable la notificación a todos ellos para que surtan dichos efectos.

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.

8. DISPOSICIONES PROCESALES

De conformidad con el artículo 24¹⁰¹ 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

101 Ley 256 de 1996, art. 24. Trámite. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas legales sobre protección al consumidor, los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el Código de Procedimiento Civil y serán competentes para su conocimiento los jueces especializados en derecho comercial creados por el decreto 2273 de 1989. En donde éstos no existan conocerán de esta clase de procesos los jueces civiles del circuito.

desleal no sea admisible el recurso extraordinario de casación, pues el proceso abreviado no se encuentra dentro de aquellos susceptibles de dicho recurso¹⁰².

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.

8.1. COMPETENCIA TERRITORIAL (ARTÍCULO 25)¹⁰³

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.

102 C.P.C. artículo 366. Procedencia. El recurso extraordinario de casación procede contra las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos así:

- 1.- Las dictadas en los procesos ordinarios o que asuman este carácter.
- 2.- Las que aprueban la partición en los procesos de división de bienes comunes, de sucesión y de liquidación de cualesquiera sociedades civiles o comerciales y de sociedades conyugales.
- 3.- Las dictadas en procesos sobre nulidad de sociedades civiles o comerciales.
- 4.- Las sentencias de segundo grado dictadas por los tribunales superiores, en procesos ordinarios que versen sobre el estado civil, y contra las que profieran en única instancia en procesos sobre responsabilidad civil de los jueces de que trata el artículo 40.

Parágrafo 1º. La cuantía de que trata este artículo se reajustará del modo que disponga la ley.

Parágrafo 2º. Cuando la parte que tenga derecho a recurrir por razón del valor de su interés interponga el recurso, se concederá también el que haya interpuesto oportunamente la otra parte, aunque el valor del interés de ésta fuere inferior al indicado en el primer inciso.

103 Ley 256 de 1996, art. 25. Competencia territorial. En los juicios en materia de competencia desleal será competente el juez del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de éste, su domicilio. En el supuesto de que el demandado carezca de establecimiento y domicilio en el territorio nacional, será competente el juez de su residencia habitual.

A la elección del demandante, también será competente el juez del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal; y, si éste se ha realizado en el extranjero, el del lugar donde produzcan sus efectos.

Dado que en la práctica un acto de competencia desleal puede ser realizado en todo el territorio nacional al mismo tiempo¹⁰⁴, 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 4° de la LCD, el juez competente será el del lugar donde el acto produzca o esté llamado a producir sus efectos.

8.2. 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 mismas¹⁰⁵:

- Son previas al proceso¹⁰⁶.
- Deben tener carácter de urgentes¹⁰⁷.
- Su objetivo es la comprobación de hechos que puedan constituir competencia desleal¹⁰⁸.
- Solamente se pueden presentar cuando no sea posible comprobar la realidad de la actuación sin la práctica de las diligencias¹⁰⁹.

104 Piénsese en un aviso publicado en un periódico nacional, o un comercial transmitido por un canal nacional de televisión.

105 Ley 256 de 1996, art. 26. Petición y decreto de diligencias preliminares de comprobación. Las personas legitimadas para ejercitar acciones de competencia desleal podrán pedir al juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir acto de competencia desleal.

Antes de resolver sobre la petición formulada, el juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que considere oportunas.

Solamente podrá decretarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias (sic) solicitadas.

Al decretar, en su caso, la práctica de las diligencias solicitadas, el juez fijará la caución que deberá prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si el juez no considera suficientemente fundada la pretensión, la denegará por medio de auto que será apelable en el efecto suspensivo o en el devolutivo.

106 Véanse artículos 28 y 29 de la Ley 256 de 1996; pies de página N° 118 y 119, respectivamente.

107 Artículo 26 inciso 1° de la Ley 256 de 1996. Véase nota de pie de página N° 105.

108 *Ibidem*.

109 *Ibidem*, inciso 3°.

- Están encaminadas a la fijación anticipada de hechos que se presume que posteriormente no van a poder ser establecidos sin la práctica de las diligencias¹¹⁰.
- Sirven para integrar con mayor claridad las pretensiones del futuro proceso.

8.2.1. 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.

Asimismo 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.

8.2.2. Trámite de las diligencias previas

El proyecto no dice cual 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 oportunas¹¹¹. 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 ocasionarse¹¹². Si el juez deniega la pretensión, el auto que así lo decida será apelable en efecto suspensivo o en el devolutivo¹¹³.

110 *Ibídem*.

111 *Ibídem*, inciso 2°.

112 *Ibídem*, inciso 4°.

113 *Ibídem*.

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 desleal¹¹⁴.

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 practicadas¹¹⁵.

114 Ley 256 de 1996, art. 27. Práctica y apreciación de la diligencia preliminar de comprobación. En la diligencia de comprobación el juez, con intervención, si fuere necesario, del perito o peritos que a tal efecto haya designado, y oídas las manifestaciones de las personas con quienes se entienda la diligencia, determinará si las máquinas, dispositivos, instalaciones, procedimientos o actividades inspeccionadas pueden servir para llevar a cabo acto de competencia desleal.

Cuando el juez considere que no es presumible que los medios inspeccionados estén sirviendo para llevar a cabo acto de competencia desleal, dará por terminada la diligencia, ordenará que se forme cuaderno separado en el que se incluirán las actuaciones que se mantendrá secreto, y notificará al peticionario, que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias realizadas.

En los demás casos, el juez con intervención, si fuere necesario, del perito o peritos designados al efecto, efectuará una detallada descripción de las máquinas, dispositivos, instalaciones, procedimientos o actividades mediante la utilización de los cuales se lleve presumiblemente a cabo acto de competencia desleal.

En todo caso cuidará el juez que la diligencia de comprobación no sirva como medio para violar secretos industriales o para realizar actos que constituyan competencia desleal.

Contra la decisión del juez sobre el resultado de la diligencia practicada no procederá ningún recurso.

115 *Ibidem*, inciso 2°.

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 desleal¹¹⁶.

En todo caso, la decisión del juez en torno al resultado de las diligencias previas de comprobación no es susceptible de ningún recurso¹¹⁷.

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 judicial¹¹⁸ dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la práctica de la diligencia¹¹⁹.

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 solicitante¹²⁰.

8.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES (ARTÍCULO 31)¹²¹

El artículo 31 de la LCD establece para prevenir la ocurrencia de perjuicios, una figura que ha bautizado con el nombre de «medidas cautelares».

116 *Ibíd*em, inciso 3°.

117 *Ibíd*em, inciso 5°.

118 Ley 256 de 1996, art. 28. Certificación de las diligencias preliminares. Prohibición al solicitante. De las diligencias de comprobación realizada no podrán expedirse otras certificaciones ni copias que la destinada a la parte afectada y la precisa para que el solicitante de las mismas inicie la correspondiente acción judicial. El solicitante sólo podrá utilizar esta documentación para plantear dicha acción, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros.

119 Ley 256 de 1996, art. 29. Término para presentar la demanda. Si en el plazo de dos (2) meses a partir de la fecha de la práctica de las diligencias de comprobación no se hubiere presentado la correspondiente demanda ejercitando la acción judicial, quedarán aquéllas sin efecto y no podrán ser utilizadas en ninguna otra acción judicial.

120 Ley 256 de 1996, art. 30. Reclamo de la parte afectada por las diligencias preliminares. La parte afectada por las diligencias de comprobación podrá reclamar en todo caso, de quien las hubiere solicitado, los gastos y daños que se le hubieren ocasionado, incluido el lucro cesante, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad general por daños y perjuicios en que hubiere incurrido el solicitante de las medidas en los casos que a ello hubiere lugar.

121 Ley 256 de 1996, artículo 31. Medidas cautelares. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

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.

Asimismo 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 el considere pertinente para el cada caso particular.

8.3.1. *Especialidad en materia probatoria (artículo 32)*¹²²

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

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

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

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

¹²² Ley 256 de 1996, art. 32. Especialidad en materia probatoria. En controversias originadas por la infracción de los artículos 11, 13 ó 14, el juez, en el momento de decretar la práctica de pruebas, podrá requerir de oficio al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas.

Cuando dicha prueba no sea aportada, el juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas son inexactas o falsas.

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.

9. VIGENCIA DE LA LCD (ARTÍCULO 33)¹²³

La LCD fue publicada el 18 de enero de 1996 en el *Diario Oficial* N° 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 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 solamente a los comerciantes, y con un tinte eminentemente de derecho privado.

A partir del 19 de enero de 1996, 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:

123 Ley 256 de 1996, art. 33. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga el artículo 10 de la Ley 155 de 1959; los artículos 75 a 77 del decreto 410 de 1971, los artículos 975 y 976 del Código de Comercio y las demás normas que le sean contrarias.

COMPETENCIA SUFICIENTE, LIBRE Y NO FALSEADA¹²⁴

10. CONCLUSIONES

1. 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.

2. 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.
3. 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.

4. 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.
5. 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.
6. 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.

7. 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 aun 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.
8. 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.

9. 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.
10. 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.
11. 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.
12. 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 1996). 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.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- Código colombiano de autorregulación publicitaria*. Bogotá Publicaciones Publicitarias Colombianas, 1986.
- COMITÉ DE RIFAS JUEGOS Y ESPECTÁCULOS DE BOGOTÁ DISTRITO ESPECIAL. Resolución N° 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 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-14, enero 25 de 1994 magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-469 del 17 de julio de 1992.
- 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. Nicolás Bechara Simancas. Frisby Ltda. Vs. Alimentos Nacionales Pinki S.A. Expediente N° 3939. 12 de septiembre de 1995.
- DEVIS ECHANDÍA HERNANDO. *Compendio de derecho procesal - Pruebas procesales*. Tomo II, décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.
- ESTRADA VILLA ARMANDO. Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 44-94 Senado. *Gaceta del Congreso*. Año III N° 144 del 9 de septiembre de 1994.
- GACHARNÁ 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 1995.

MADRIÑÁN DE LA TORRE RAMÓN, *Principios de derecho comercial*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

MARTÍNEZ 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*, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—. Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá 1996.

MONROY CABRA MARCO GERARDO. *Introducción al derecho*, Editorial Temis, Bogotá 1977.

OSPINA FERNÁNDEZ GUILLERMO. *Régimen general de las obligaciones*. Editorial Temis, cuarta edición. Bogotá, 1984.

PACHÓN MANUEL, Algunos aspectos de la competencia desleal (I), en *Universitas*, vol. 73, Bogotá, 1987.

PACHÓN MANUEL, Algunos aspectos de la competencia desleal (II), en *Universitas*, vol. 74, Bogotá, 1988.

PACHÓN MANUEL Acción de desconocimiento de derechos exclusivos y acción de competencia desleal. En *Revista de Derecho Mercantil* N° 8. Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

PINZÓN GABINO. *Introducción al derecho comercial*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

PROYECTO DE LEY N° 67/94 SENADO. *Gaceta del Congreso* N° 144 del 9 de septiembre de 1994.

PROYECTO DE LEY N° 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 BOGOTÁ. Proceso ordinario de Legislación Económica contra Juan de Jesús Chamucero Jiménez, magistrada ponente: Dra. Necty Gutiérrez de Murcia, 25 de junio de 1985.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ, Proceso ordinario de Baldosines Alfa Ltda. contra Baldosines Monserrate. Magistrada ponente: Dra. Gloria Cuevas Fonseca. Marzo 21 de 1987.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. 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 SANTA FE DE BOGOTÁ, 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 SANTA FE DE BOGOTÁ, Proceso ordinario de Epsilon Editores Ltda. contra Radio Cadena Nacional de Colombia S.A. y otros. 23 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. César 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^o edición Bogotá 1983.

VELÁZQUEZ R. CARLOS ALBERTO. Competencia desleal. En: *Modernos conceptos del derecho comercial*, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1990.

VELÁZQUEZ 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, 1993, Madrid.

EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA LEY 142 DE 1994¹

SANTIAGO CONCHA DELGADO²

MOTIVACIÓN

Por mucho tiempo en Colombia, la prestación de servicios públicos se constituyó en monopolio estatal, dentro de un mercado en el que no cabía la iniciativa particular, ni en la prestación misma, ni en la recepción del servicio. El consumidor no era oído en sus reclamos y la naturaleza monopolística del mercado impedía el acceso a personas que pudieran prestar el servicio de manera mejor y eficiente.

Lo anterior llevó al legislador a expedir, dentro del estatuto general de los servicios públicos, normas que promovieran la competencia y se ejerciera 'control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante' y promover que los precios de los servicios sean fijados por las reglas de mercado como 'señales adecuadas de costos'³.

1 El autor hace un acercamiento práctico al tema exponiendo la legislación existente sin tratar temas de estricto derecho, dándole al lector un vistazo general a esta novedosa figura del derecho de la competencia.

2 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en derecho comercial de la misma universidad y *master* en derecho de la Universidad de Cornell. Catedrático de la Javeriana, el autor es miembro de la firma de abogados Prieto, Gutiérrez, Carrizosa & Asociados.

3 Las dos frases entre comillas han sido tomadas de la exposición de motivos de la Ley 142 de 1994.

DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Aun cuando no pretendo con estas cortas palabras hacer un extenso análisis jurídico de la figura de la posición dominante dentro del derecho de la competencia o derecho antimonopolístico, sí vale la pena especificar el término mismo.

La legislación vigente⁴ en el momento de la expedición de la Ley 142 de 1994 ('LSPD') define posición dominante como 'la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado'.

La anterior definición, vigente y de aplicación general salvo norma especial, sigue en términos generales lo establecido en normas similares en el derecho de los Estados Unidos de América⁵ y en el derecho europeo⁶.

Es menester aclarar en este punto que la posición dominante *per se* no es lo que la ley persigue ni busca prevenir. Es el abuso de la posición de dominio lo que evita que el mercado se desenvuelva naturalmente.

Siendo que existía un estatuto sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no considero adecuado que la LSPD se hubiera creado una normatividad excepcional y se hubiera separado de la competencia general que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio. Pero veamos:

VIGILANCIA Y CONTROL

Le corresponde al Estado intervenir en los servicios públicos para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante⁷. Con este fin, la LSPD otorgó tres competencias especiales con relación al tema objeto de este artículo:

4 Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

5 Puede verse para un detallado análisis, Miranda Alfonso, 'Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado'. Artículo publicado en la revistas *Universitas* de la Pontificia Universidad Javeriana, 1993.

6 Es una posición de fortaleza que tiene una empresa y que le permite prevenir que en el mercado relevante tenga poder para manejarse con independencia de sus competidores, clientes o consumidores. Esta definición es tomada informalmente de los apuntes de clase del profesor Hay, Cornell University, 1993.

7 Art. 2.6 de la LSPD.

- i. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ('SSPD'), por medio de la cual se ejerce el control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos, al igual que vigila y controla el cumplimiento de las leyes por parte de las mismas personas⁸. El superintendente puede inclusive llegar a tomar posesión de la empresa que abuse de su posición dominante, si sus administradores persisten en violar tales normas que regulan la competencia⁹.

Con el fin de evitar confusiones y para unificar la competencia del estudio de los casos de infracción de las normas del derecho de la competencia, lo más pertinente, como antes dije, es que la Superintendencia de Industria y Comercio asumiera en su totalidad el trámite de investigación y sanción, tal como se hizo en el sector salud¹⁰ en donde se reguló el derecho sustancial del derecho a la libre y leal competencia, pero la parte procedimental le fue dejada a la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad en donde deben existir expertos en la materia, con asesores legales, económicos y técnicos en cada una de las disciplinas.

- ii. Las comisiones de regulación¹¹ deben regular los monopolios, promover la competencia para que las operaciones de los monopolistas o de competidores sean económicamente eficientes y no impliquen abuso de la posición dominante.

Las comisiones deben igualmente someter a su regulación, en materia de tarifas, actos y contratos, a empresas que no sean de servicios, pero respecto de las cuales existan pruebas de que van a realizar o han realizado abuso de la posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que las empresas de servicios públicos ofrecen.

A las comisiones les corresponde también ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda cuando se encuentre que

8 Art. 75 y art. 79.1 de la LSPD.

9 Art. 59 de la LSPD.

10 Véase para el efecto el decreto 1663 de 1994.

11 Art. 73 de la LSPD.

tal empresa utiliza su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia.

Por último, debo decir que la ley le otorgó una función de especial importancia a las comisiones, cual es la de señalar los criterios generales sobre abuso de la posición en los contratos y sobre la protección de los derechos de los usuarios.

Con relación a las funciones específicas de cada comisión, las tres deben propender por propiciar la competencia e impedir y prevenir el abuso de la posición dominante¹².

iii. El personero del municipio en donde se prestan los servicios puede imponer sanciones pecuniarias a las empresas que abusen de su posición dominante en demérito de los usuarios, por petición de los comités de desarrollo y control social¹³.

FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

El legislador, sabiamente y siguiendo los principios constitucionales, ha establecido que las entidades prestadoras de servicios públicos tienen una función social sobre su propiedad y prescribió que por tal virtud las empresas deben asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente y *sin abuso de la posición dominante*¹⁴.

A su vez, se le ha impuesto a las empresas la prohibición de realizar prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, considerando como tal el abuso de la posición dominante en los contratos, como más adelante explico¹⁵.

DEFINICIÓN DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA LSPD

‘Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos

12 Art. 74 de la LSPD.

13 Art. 63.5 y art. 82 de la LSPD.

14 Art. 11.1 de la LSPD.

15 Art. 34.6 de la LSPD.

próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado'¹⁶.

En la primera frase hay una extraña definición de tipo objetivo, ya que la ley misma constituye a la empresa de servicios públicos en posición dominante frente a sus usuarios. Digo extraña porque resulta difícil encontrar norma similar en algún ordenamiento. De cualquier forma, con respecto a los usuarios, siempre hay posición dominante.

Con relación a la posición dominante en el mercado, también se hace una definición objetiva: cuando se sirve más de 25% de los usuarios, hay posición de dominio.

En cuanto a la determinación del mercado relevante, no sólo se considerará el servicio que la empresa presta sino que siempre, por definición, se hará en conjunción con los servicios sustitutos próximos. Le quedará mucho espacio interpretativo a la SSPD para definir este elemento.

EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS¹⁷

La ley¹⁸ presume, en beneficio de los usuarios, que ciertas cláusulas del contrato de servicios públicos representan abuso de la posición dominante. No vale la pena enumerarlas, pero podemos mencionar algunas tales como la exclusión o limitación de responsabilidad por parte de la empresa, o las que trasladen la carga de la prueba en el usuario. Las que den a la empresa la facultad de terminar el contrato por razones distintas del incumplimiento del usuario o de fuerza mayor o caso fortuito. Las que obligan al usuario a recurrir a una empresa o persona para adquirir cualquier otro bien o servicio. Las que imponen al usuario la renuncia anticipada de los derechos emanados del contrato y las que limiten el derecho del suscriptor a pedir la terminación o exigir indemnización de perjuicios.

16 Art. 14.13 de la LSPD.

17 Art. 128 de la LSPD: 'Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados'.

18 Art. 133 de la LSPD.

Es menester anotar que para la aplicación de esta presunción, basta con que la empresa prestadora del servicio cubra el 25% de los usuarios de acuerdo con la definición antes explicada y que se esté en presencia de un contrato de servicios públicos. La enumeración no es taxativa.

La presunción explicada puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas, al considerarse en su conjunto se encuentran equilibradas con las obligaciones que asume la empresa, o que han sido previamente aprobadas por la respectiva comisión.

CONCLUSIÓN

Por ser un tema nuevo en nuestro derecho, la aplicación de las normas como las comentadas requiere especial estudio y análisis por parte de las entidades de control. Sanciones de la Superintendencia pueden acarrear la declaratoria de caducidad de ciertos contratos o de concesiones otorgadas, o pueden poner en riesgo la prestación misma del servicio.

Las autoridades deben tener claros los fines: (i) defender al usuario del abuso por la posición de dominio, (ii) propender por la mejoría en las condiciones de competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios.

NUEVOS TEMAS EN EL MARCO DEL GATT

GABRIEL IBARRA

La culminación de la Rueda Uruguay puso en evidencia que los objetivos buscados tradicionalmente, por el sistema internacional de comercio, serán replanteados en el curso de las próximas décadas.

De hecho, durante el desarrollo de las negociaciones se presentaron intensas y difíciles discusiones sobre los denominados «aspectos sociales», que abarcan asuntos relacionados con la política de los países sobre medio ambiente, cultura, condiciones laborales y otros.

Las controversias sobre estos temas, hacen prever que hacia el futuro, los países desarrollados tratarán de condicionar el libre comercio, con los países en vías de desarrollo, al cumplimiento de exigencias mínimas relativas a la protección del medio ambiente, y a las garantías o derechos de los trabajadores.

Algunos críticos opinan que los anteriores temas están siendo manipulados por los Estados Unidos y por la Comunidad Económica Europea, para introducir barreras injustificadas al comercio y para restar ventajas comparativas a las exportaciones de los países menos desarrollados.

Para entender el punto esencial del conflicto, es menester tener en cuenta que los asuntos laborales y ecológicos han desbordado el ámbito nacional de los países.

Ahora bien, es claro que cuando los problemas tienen repercusiones internacionales, los países deben acudir a tratados de igual naturaleza para procurar, al menos, una acción coordinada, por parte de los gobiernos, en la adopción de las medidas nacionales. Es el caso por ejemplo de

las reglas que se deben adoptar para proteger los bienes comunes de la humanidad, tales como la capa de ozono o las especies animales o vegetales en peligro de extinción. Los controles comerciales que hayan de establecerse con el fin de cumplir con estos propósitos, deben ser regulados y coordinados a través de acuerdos internacionales. Lo mismo debe considerarse para el caso de los asuntos laborales.

La regulación de estos asuntos en el ámbito internacional, está íntimamente relacionada con el problema de equidad, competitividad y últimamente se habla del aspecto de moralidad, en especial, en lo referente al trabajo infantil y tráfico de basuras radioactivas.

Sobre el particular, se afirma que las medidas de represalia comercial, no son el mecanismo más apropiado para lidiar con estos temas y que más bien ellos se deben manejar a través del esquema del Sistema Generalizado de Preferencias.

En este sentido, debe anotarse que tanto el *Andean Trade Preference Act* —ATPA— como las preferencias arancelarias otorgadas por los Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea a los países andinos, con el fin de estimular sus esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico y contra la producción de la droga, contienen cláusulas tendientes a incentivar la adopción, por parte de los países beneficiarios, de esquemas, normas y prácticas que mejoren las condiciones sociales y ambientales, así como cláusulas que penalizan a los países que actúen de manera inaceptable en relación con los derechos de los trabajadores —ej. «*slave labour*»—¹.

Mucho se ha discutido si las disputas relacionadas con los derechos de los trabajadores, son o no asuntos comerciales. El hecho es que los Estados Unidos y Europa los están considerando como tales y han visto en las restricciones de este tipo, la vía más eficiente para forzar o imponer a otros países, la adopción de reglas relacionadas con el medio ambiente y los derechos de los trabajadores.

Todo lo anterior hace prever, que estos temas serán los que ocupen la atención de las futuras ruedas de negociaciones comerciales multilaterales.

El escenario anterior no es nada halagüeño, máxime si se tiene en cuenta la descoordinación existente entre las instituciones que han sido creadas para promover y coordinar la cooperación internacional de

1 El esquema de la Comunidad Económica Europea contempla, por ejemplo, reducciones extras de 20%, para aquellos países que promuevan mejoras sociales y ambientales.

estos asuntos (Organización Internacional del Trabajo —OIT—, Programa Ambiental de las Naciones Unidas) y el GATT.

Se dice que uno de los beneficios que precisamente ha traído la discusión sobre las materias enunciadas, en la Rueda Uruguay, es el incremento de la comunicación y del trabajo conjunto que se ha comenzado a llevar a cabo entre estos organismos.

Así pues, el propósito del presente escrito, es analizar en detalle los elementos que han conducido al conflicto planteado, así como las soluciones que se han sugerido para resolverlo.

I. COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

1. RELACIÓN ENTRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Alguien decía que la ecología es una ciencia con mucho «eco». De hecho, en la medida en que el factor ecológico ha ido ganando terreno, sus repercusiones en las relaciones comerciales internacionales son cada día mayores.

En este sentido, hay quienes afirman que la economía mundial y el medio ambiente global son dos caras de una misma moneda, a la que se le ha dado la denominación de «*ecología*»².

Y es que los gobiernos han comenzado a acudir a medidas de política ambiental, de tipo económico o legal³, con el fin de proteger el medio ambiente y de promover el desarrollo sostenible.

Así, se habla de la creación de subsidios destinados a facilitar la reconversión de procesos industriales para reducir la contaminación, y de impuestos ecológicos que deben pagar las industrias altamente polucionantes, medidas estas de tipo económico.

Como ejemplo de instrumentos de tipo legal se pueden citar los niveles de exigencia ambiental, mediante los cuales se fijan las características que deben cumplir los productos vendidos en el mercado doméstico; las regulaciones que determinan los métodos de producción y

2 Véase Charnovitz Steve. *The WTO And Social Issues* en *Journal of World Trade*, V. 28, N° 5, October 1994. Pág. 25.

3 Véase Rege Vinod. *GATT Law and Environment Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries* en *Journal of World Trade*, V. 28, N° 3, June 1994, págs. 95-169.

los niveles de contaminación a los cuales se deben ajustar los productores; las prohibiciones de importación y exportación de bienes peligrosos para la salud, las restricciones a la exportación, establecidas para conservar los recursos naturales y los requerimientos de etiquetado y de empaque.

Es indudable que las medidas anteriores afectan el comercio de diversas maneras; es el caso por ejemplo, de las repercusiones que pueden tener en las condiciones y ventajas competitivas, así como en los flujos de comercio e inversión de los países, la existencia de disímiles niveles de exigencia ambiental, disparidad que puede llevar al denominado «*dumping ecológico*».

De hecho, los productores de los países desarrollados han alegado que los estrictos niveles de exigencia ambiental afectan su capacidad para competir, debido a los altos costos que deben asumir, en comparación con aquellos países que tienen exigencias ambientales más laxas.

De otra parte, los países en vías de desarrollo, que son precisamente los que tienen niveles de exigencia menos estrictos, temen que la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos, comiencen a acudir a medidas de tipo comercial, para forzarlos a adoptar requisitos ambientales más exigentes y que ello lleve, a la aparición de nuevas formas de barreras proteccionistas y discriminatorias, en contra de sus economías.

Además, este tema plantea serios interrogantes relacionados con la soberanía de los países, pues las medidas que adopte un Estado de manera unilateral, trátese de derechos compensatorios, de prohibiciones o de restricciones a la importación, implican una intromisión en las prioridades y políticas ambientales de los demás socios comerciales.

De todas formas, es un hecho que las corrientes ecologistas han comenzado a tener una influencia indiscutible en las regulaciones comerciales internacionales. Es el caso, por ejemplo del NAFTA, en cuyo ámbito se negoció un acuerdo complementario de cooperación ambiental.

El GATT no ha escapado a las anteriores influencias. El asunto de las medidas de carácter ambiental, surgió por primera vez como un tema de política comercial, en el año de 1970, a raíz de las discusiones sobre los controles antipolución y los efectos que la disparidad de los diferentes

niveles de exigencia ecológica, pudieran tener en el comercio internacional⁴.

Bien se sabe que este tratado ha sido duramente criticado por ser insensible a las preocupaciones concernientes con el medio ambiente y en algunas ocasiones ha llegado, incluso, a ser tildado de antiecológico. De ahí, que los ambientalistas han venido presionando porque se introduzcan modificaciones de fondo al GATT, para ponerlo a tono con las necesidades de protección del medio ambiente.

Sin embargo, los expertos en política comercial consideran que algunas de esas críticas carecen de todo fundamento, y que por el contrario, los cambios sugeridos por los ecologistas, significarían reformas que traerían de antemano graves efectos desestabilizadores en un régimen de comercio internacional, que ya de por sí, tiene serios problemas de claridad y consistencia.

Estos asuntos, han llevado a plantear múltiples inquietudes en las negociaciones comerciales multilaterales. Así por ejemplo, se pregunta si las actuales disposiciones del GATT, permiten imponer restricciones por motivos ambientales; si el GATT es el foro adecuado para tratar los temas concernientes a la protección del medio ambiente; o si más bien, ellos debieran negociarse en otros escenarios. También se cuestiona, hasta qué punto un país tiene el derecho de interferir en las políticas ambientales de otro socio comercial, mediante la aplicación unilateral de restricciones a la importación.

A continuación se presentará la evolución de estos temas dentro del marco del GATT, así como los principios y normas de este tratado que tienen relación con el medio ambiente.

II. EL GATT Y EL MEDIO AMBIENTE

Se debe comenzar por mencionar que el GATT fija una serie de reglas, a las cuales deben ceñirse sus miembros, en sus relaciones comerciales con los demás signatarios del tratado⁵.

4 *Industrial Pollution Control and International Trade. N° 1 Geneva GATT, Studies in International Trade, (N° 1) Geneva, GATT, July 1971. Véase Thomas, Christopher and Tereposky, Gregory. The NAFTA and the Side Agreement on Environmental Co-operation, Addressing Environmental Concerns in a North America Free Trade Regime in Journal of World Trade, V. 27. N° 6, diciembre 1993, págs. 5 y sigs.*

5 Aunque hay quienes opinan que el GATT no es un tratado sobre comercio, sino que establece disciplinas sobre el uso de barreras comerciales, toda vez que regula las condiciones que

El objetivo básico del GATT es elevar los niveles de vida y asegurar el progresivo desarrollo económico de los países miembros.

Se busca lograr estos objetivos, mediante la expansión del comercio mundial, la reducción de tarifas y la prohibición del uso de barreras no arancelarias. No obstante, en ciertas situaciones de emergencia, el GATT permite la adopción de medidas de salvaguardia, así como la aplicación de derechos anti *dumping* o compensatorios, para hacer frente a ciertas prácticas de competencia desleal.

Ahora bien, el GATT de 1948 no consagró ninguna disposición que se refiriera, de manera específica, al medio ambiente. Ello, tal vez, porque en los tiempos en los que se originó este tratado, este tema no tenía la importancia ni las repercusiones en el comercio que tiene hoy día.

En contraste con el anterior, el nuevo GATT se refiere, de manera expresa, al medio ambiente, como un elemento que debe ser tenido en cuenta en el cumplimiento de sus objetivos.

Así, en el preámbulo del tratado mediante el cual se estableció la nueva Organización Multilateral de Comercio aparece textualmente lo siguiente:

«Las partes en el presente acuerdo:

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica debe tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales, de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico...”
(El subrayado no es del texto).

De otra parte, los ministros reunidos en Marruecos, con motivo de la firma del acta final, mediante la cual se aprobaron los resultados de la

deben cumplir los países signatarios para imponer restricciones al comercio. Por esta razón, se sostiene que en caso de conflicto entre el GATT y los tratados sobre el medio ambiente, que son realmente tratados de comercio, deben primar las disposiciones de estos últimos. Enfatizan quienes sostienen lo anterior, que los tratados sobre normas comerciales deben primar sobre aquellos que regulan el establecimiento de barreras comerciales. Véase Charnovitz. *Op.cit.*, pág. 28.

Rueda Uruguay, suscribieron la Decisión Ministerial sobre Comercio y medio ambiente, el 14 de abril de 1994.

En esta decisión se expresa que no debe haber contradicción política entre la defensa de un sistema de comercio multilateral y no discriminatorio por un lado, y las medidas de protección del medio ambiente y la promoción de un desarrollo sostenible, por el otro.

En tal virtud, se reconoce la necesidad de coordinar las políticas de comercio y medio ambiente y para esos efectos, se encomendó al Consejo General de la Organización Multilateral de Comercio, la tarea de establecer un Comité de Comercio y Medio Ambiente que deberá presentar un informe a la Conferencia Ministerial, en la primera reunión que ésta celebre, después de la entrada en vigor del acuerdo mediante el cual se establece la OMC.

Finalmente, se estableció también un programa separado para tratar el tema del comercio de servicios y medio ambiente.

Aunque en el texto del GATT no hay un acuerdo específico que se refiera a esta materia, en varias de sus normas, se tratan aspectos relacionados con este tema, que permiten a sus signatarios, adoptar medidas tendientes a proteger el medio ambiente. Lo anterior, claro está, siempre que estas medidas se adopten de conformidad con sus principios y normas generales —no discriminación, trato nacional, nación más favorecida—.

En particular el artículo XX (b) y (g) contempla excepciones, en virtud de las cuales los países pueden adoptar restricciones a las importaciones, con el fin de proteger la salud, la vida humana y animal y para preservar los vegetales. Esta norma permite también establecer prohibiciones a las exportaciones, con el fin de conservar los recursos naturales en peligro de extinción.

Además, el Código de Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, regulan la normalización de los productos, y establecen las características que deben reunir los bienes vendidos en el mercado local. En estos códigos, se consagran las exigencias, sobre los procesos y métodos de producción que las industrias deben cumplir y sus niveles de polución.

De otra parte, el Código de Subsidios del GATT en su artículo 11 (f) incluye, entre los objetivos de política social para conceder subsidios domésticos, «...la redistribución geográfica de la industria con el objeto de evitar la congestión y los problemas del medio ambiente».

III. TEMAS QUE HAN SUSCITADO CONTROVERSIDAD

Las acciones adoptadas por los países que han dado lugar a controversia han sido resumidas por la mayoría de los especialistas sobre el tema en las siguientes⁶:

1. Medidas adoptadas para procurar la conservación de los recursos naturales.
2. Medidas relacionadas con el denominado «*dumping ambiental*».
3. Medidas mediante las cuales se aplican restricciones a las importaciones de productos, que no cumplen con los requerimientos domésticos o internos de exigencia ambiental.
4. Medidas que ponen en vigencia acuerdos internacionales sobre medio ambiente.

Para entrar en el análisis de las medidas enunciadas, es necesario considerar, antes, el concepto de desarrollo sostenible, que ha sido definido como aquel que «...permite satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades»⁷

De acuerdo con Elizabeth J. Rowbotham⁸ esta definición exige:

- Que los efectos ambientales de la actividad económica, se identifiquen y reflejen en los precios de producción y en los precios de los insumos.

6 Véase en este sentido Thomas, Christopher y Terepoksky Gregory A. T *The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation* en *Journal of World Trade*. V. 27. N° 4, agosto 1993, págs. 31-32.

Los autores mencionados señalan que las medidas enunciadas constituyeron el tema del «1991 World Wide for Nature Discussion Paper», en donde se sostuvo que las políticas comerciales debían de diseñarse para promover, en vez de impedir, que los costos ambientales del desarrollo, se reflejen en la contabilidad de los productores. *op.cit.*, pág. 32.

7 Definición de la «World Comission on Environment and Development», originalmente contenida en el «*Brundland Report*».

Sobre el particular, véase Rowbotham, Elizabeth J. *Dumping And Subsidies Their Potential Effectiveness for Achieving Sustainable Development in North America* en *Journal of World Trade*- V- 27 No 6. December 1993. Págs. 145-171.

8 Rowbotham Elizabeth J. *Op.cit.*

• Que cada generación transfiera a la próxima, como mínimo, las condiciones ambientales y capital que haya heredado de la anterior.

Todas las acciones adoptadas por los gobiernos, en aras de preservar el medio ambiente, suelen justificarse en el concepto de desarrollo sostenible.

1. MEDIDAS PARA CONSERVAR EL MEDIO AMBIENTE

1.1. CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DOMÉSTICOS

Nadie discute que el derecho de control y explotación de los recursos naturales, que tiene cada país, es una cuestión de soberanía nacional que escapa al ámbito de aplicación del GATT.

De hecho, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo reconoce el derecho soberano, que tienen los Estados, a explotar sus propios recursos y a establecer sus propias políticas de desarrollo y medio ambiente⁹, pero también se deja en claro, la responsabilidad que ellos tienen, de asegurar que las actividades desarrolladas dentro de su jurisdicción o control, no causen daño al medio ambiente de otro país o a las áreas ubicadas más allá de su propia jurisdicción. Además, se reconoce que estos derechos soberanos, deben ejercitarse, de tal manera que permita satisfacer las necesidades ambientales y de desarrollo de las futuras generaciones¹⁰.

El grado y medida en que los países deben explotar los recursos naturales, no son asuntos de los cuales deba ocuparse el GATT y de hecho, este tratado guarda silencio en relación con este aspecto.

Lo que sí se contempla en este convenio, es que los países no pueden establecer prohibiciones a la exportación de recursos, cuyo consumo esté permitido a nivel local.

9 La Declaración de Río fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas de Comercio y Medio Ambiente. El Principio 2 de esta declaración establece lo siguiente:

«Los países tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales y de desarrollo».

10 Véase el Principio 3 de la Declaración de Río.

Sobre el particular, los ambientalistas suelen afirmar que el GATT promueve la explotación y depredación de los recursos no renovables, y lo que es más, que sus normas pueden llevar a debilitar la capacidad que tienen los gobiernos para adoptar medidas, tendientes a garantizar que los recursos naturales se exploten de una manera racional y conforme al concepto de desarrollo sostenible.

Los especialistas en política económica, han respondido a estas críticas, afirmando que, en verdad, el GATT no impide la conservación de los recursos naturales y que de hecho, el sinnúmero de medidas que han adoptado recientemente los gobiernos —las cuotas de pesca, la rata anual de tala de maderas tropicales y otras similares— nos demuestran que el GATT no prohíbe, a ningún país, la adopción de correctivos para preservar los recursos naturales¹¹.

Se reitera que lo que hace el GATT, es imponer disciplinas a los gobiernos, una vez ellos permiten la explotación de los recursos naturales a nivel comercial¹². Los redactores del GATT acordaron, que una vez un producto es puesto en el comercio, el gobierno no puede imponer prohibiciones a las exportaciones o a las ventas para la exportación. Se trata pues, de normas dirigidas a garantizar el acceso a los mercados, especialmente para preservar los compromisos adquiridos en materia de reducción de tarifas y evitar los artilugios de los países para restringir el comercio. No puede pues afirmarse, que se trate de normas que promuevan la explotación irracional de los recursos naturales.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que los artículos XI y XX del GATT permiten a los países la adopción de medidas para preservar los recursos naturales.

Así, si bien el artículo XI del GATT, establece que ninguna parte podrá imponer restricciones cuantitativas a las importaciones o a las exportaciones de productos provenientes o destinados al territorio de otra parte contratante, también contempla las siguientes excepciones:

- i. Restricciones cuantitativas, que se apliquen de manera temporal, para remediar o prevenir «...una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora»¹³.

11 Véase Thomas, Crhistopher y Terepoksky, Gregory A. *The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation* en *Journal of World Trade*. Vol. 27. N° 4, agosto 1993, págs. 32 y 33.

12 Artículo XX literal g).

13 Artículo XI 2. a).

ii. Restricciones cuantitativas o prohibiciones «...a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la venta destinados al comercio internacional»¹⁴.

Debe anotarse que, en la aplicación de estas restricciones, se debe dar cumplimiento a la cláusula de la nación más favorecida.

Es de suma importancia resaltar, que la disposición aludida, *no prohíbe* la imposición de derechos, impuestos u otras cargas para restringir las exportaciones, de los recursos naturales, siempre y cuando se cumplan con las demás regulaciones del GATT.

De otra parte, el artículo XX literal g), permite la adopción de medidas «...relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales» y el literal b) del mismo artículo establece la posibilidad de imponer restricciones, a la importación o exportación de productos provenientes o destinados al territorio de otras partes contratantes, que sean «...necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales».

Finalmente, el artículo XX h) permite a los países miembros, imponer restricciones «...adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos por las partes contratantes...»¹⁵.

Hay quienes sugieren una revisión de los criterios, con base en los cuales los países están negociando estos acuerdos, con el fin que se

14 Artículo XI, 2. b).

15 Como ejemplo de este tipo de acuerdos pueden citarse los siguientes:

El Acuerdo sobre Madera Tropical de 1993, que en su preámbulo reconoce la necesidad de asegurar la óptima utilización de las maderas tropicales y el mantenimiento del balance ecológico de las regiones implicadas en el acuerdo, así como el balance ecológico de la biosfera.

El Acuerdo Internacional del Azúcar de 1992 que establece la obligación, para todos sus miembros, de tener en cuenta los aspectos ambientales, en todas las etapas de aprobación del azúcar.

El Acuerdo Internacional del Cacao de 1993, que en el artículo 50 consagra la obligación para sus miembros de considerar el manejo sostenible del cacao, así como de su procesamiento, teniendo en cuenta los principios sobre desarrollo sostenible, acordados en la octava sesión de la UNCTAD y del UNCED.

incluyan en ellos, las condiciones que deben regir la aplicación de medidas restrictivas a las exportaciones, necesarias para el cometido de los objetivos ambientales de esos tratados¹⁶.

Como se verá más adelante, el artículo XX dispone que las excepciones, en él contenidas, no pueden aplicarse, de tal manera que se conviertan en instrumentos discriminatorios e injustificados, entre países en donde prevalezcan las mismas condiciones, aunque debe anotarse que en estos casos puede, de manera excepcional, no darse aplicación a la cláusula de la nación más favorecida.

Ahora bien, la ventaja de los impuestos de exportación, en relación con el otro tipo de restricciones no tarifarias, es que ellos constituyen una fuente adicional de ingresos fiscales para los gobiernos que los aplican. Hay quienes sugieren que estos ingresos adicionales, pueden destinarse a la ejecución de políticas orientadas a la preservación de los recursos naturales y a promover el desarrollo sostenible¹⁷.

1.2. MEDIDAS PARA CONSERVAR LOS RECURSOS INTERNACIONALES

Las medidas nacionales adoptadas por un país, con el fin de proteger los recursos a nivel internacional, buscan incentivar a otros países para que manejen sus recursos naturales de una manera más racional y sostenible o proteger los bienes que constituyan patrimonio común de la humanidad. Así las cosas, estas medidas significan una intromisión en las políticas nacionales del país afectado y por consiguiente, constituyen una interferencia inaceptable en su soberanía nacional.

Obviamente, la adopción de medidas restrictivas al comercio, utilizadas por un país, en aras de conservar los recursos naturales por fuera de sus fronteras está *totalmente prohibida* por el GATT.

2. MEDIDAS CONCERNIENTES AL «DUMPING AMBIENTAL»

Se trata de aquellas medidas relacionadas con los efectos que sobre las condiciones de competencia, y sobre la competitividad de los producto-

16 Véase Rege, Vinod. *Op.cit.*, Pág. 144.

17 Véase Rege Vinod. *GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries* en *Journal of World Trade*. V. 28, N° 3, June 1994. págs. 142 y 143.

res, pudiera tener la disparidad en los niveles de exigencia ambiental establecidos por los diferentes países.

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema surge cuando existen diferencias en los niveles de exigencia ambiental.

Se arguye que esta disparidad trae como consecuencia, que las industrias ubicadas en aquellos países que han adoptado regulaciones muy estrictas, deban asumir costos más altos, en comparación con los que incurren industrias similares que operan en países donde las regulaciones son más laxas.

Los efectos de la disparidad en los niveles de exigencia ambiental, son más notorios, en los procesos industriales que tradicionalmente se han caracterizado por ser altamente contaminantes.

Ahora bien, cuando las diferencias en las regulaciones que deben cumplir los industriales son muy marcadas, entre un país y otro, las empresas que cumplen con los requisitos más estrictos, pueden verse en la imposibilidad de competir con sus homólogas, de otros países, que no tienen que adecuarse a esos niveles de exigencia. Esto es lo que se conoce como «dumping ecológico» «dumping verde» o «eco dumping».

En estos casos se afirma que las industrias afectadas no pueden reflejar en los precios de sus productos los mayores costos originados en el cumplimiento de los estrictos niveles de exigencia.

Por otro lado, las empresas que no tienen que asumir estos costos, tendrían una ventaja competitiva, lo que en la práctica se traduciría en un incentivo para premiar aquellas industrias que transfieren la contaminación de una jurisdicción a otra.

Se aduce, en consecuencia, que la situación anterior lleva a generar distorsiones en las condiciones de competitividad, y por consiguiente, a grandes pérdidas para los productores domésticos, además del consiguiente aumento de la tasa de desempleo en los países de las empresas afectadas¹⁸.

18 Véase Thomas, Christopher y Tereposky, Gregory. *The Evolving Relationship Between Trade And Environmental Regulation* en *Journal of World Trade*. V. 27, No. 4. August 1993. Pág.34.

De otra parte, también pueden producirse desviaciones artificiales en las corrientes de inversión, en la medida en que los empresarios tratarán de invertir, en aquellos países en donde les cueste menos producir y en donde no tengan que cumplir con exigencias tan costosas. Esto puede llevar a fomentar los denominados «paraísos de polución».

Sin embargo, los especialistas en política económica afirman que la evidencia de estas aseveraciones está lejos de ser concluyente, toda vez que la reubicación de una industria, únicamente es rentable, y en consecuencia sólo tomará lugar, cuando la diferencia en los costos ambientales, sea suficiente para garantizar la correspondiente reubicación. Esto supone *ceteris paribus* que los demás factores, tales como la calidad de la mano de obra permanezcan constantes¹⁹.

Lo que no tienen en cuenta, quienes abogan por la uniformidad absoluta en los requerimientos y niveles de exigencia ambiental, es que las regulaciones deben adoptarse, de acuerdo con las necesidades y grado de desarrollo económico de cada país.

El hecho que existan diferentes niveles de desarrollo, implica automáticamente, que la capacidad, los recursos y, en consecuencia, las políticas de cada nación para preservar el medio ambiente y lograr un desarrollo sostenible, deban necesariamente, ser también diferentes.

De ahí, que cada Estado tenga que evaluar, el monto de la inversión requerida para institucionalizar y poner en ejecución medidas de protección ambiental y compararlo con los beneficios y utilidades a recibir.

Es por esto que, los grados de compromiso de cada Estado, en materia ambiental no puedan ser iguales y uniformes²⁰.

Además, no puede olvidarse que los Estados contribuyen en diferente proporción a la degradación y contaminación del medio ambiente. En este sentido, el Principio 7 de la Declaración de Río establece lo siguiente:

19 Véase Rowbotham, Elizabeth J. *Op.cit.*

20 En este sentido, hay quienes afirman que los países desarrollados, deben tener en cuenta de manera imperativa, el concepto de desarrollo sostenible, en el diseño de todas sus políticas económicas, mientras que las políticas de los países en vías de desarrollo, sólo deben ajustarse a este concepto, en la medida que les sea posible. Es decir, que el paso que para los países desarrollados la evolución sostenible debe ser una obligación imperativa, para los segundos ésta no debe ser una exigencia sino una finalidad. Véase Rowbotham, Elizabeth J. *Op.cit.*, pág. 148.

«...En vista de la diferente contribución de cada país a la degradación ambiental los Estados tienen una común, pero diferente responsabilidad. Los países desarrollados reconocen su responsabilidad en la consecución del desarrollo sostenible en vista de la presión que sus sociedades han colocado en el medio ambiente global, así como en las tecnologías y en los recursos financieros de los que disponen».

En consecuencia, sería inadmisibles que los países menos adelantados se vieran coaccionados a adoptar estándares ambientales, que fueran más allá de sus propias necesidades locales, en aras de mantener las condiciones de competitividad y de evitar distorsiones comerciales en las economías más desarrolladas. Ello significaría gravar con costos excesivos e innecesarios su desarrollo económico²¹.

2.2. MEDIDAS ADOPTADAS CON OCASIÓN DEL DUMPING AMBIENTAL

Dada la preocupación existente en la Comunidad Económica Europea y en los Estados Unidos, en relación con los efectos que el alto nivel de exigencia de sus regulaciones, pudiera tener en las condiciones de competencia, se ha comenzado a abogar, por la adopción de restricciones comerciales unilaterales, con el fin de presionar, a los países menos desarrollados, para que adopten regulaciones más rigurosas en sus territorios nacionales.

Como se verá más adelante, estas medidas son flagrantemente violatorias del GATT y significan, además, una imposición unilateral, del marco regulatorio por el cual debe regirse el país afectado, si quiere conservar su acceso al mercado en el país importador.

Sobre el particular, algunos autores sostienen que si el GATT permitiera el tipo de comportamientos descritos, este tratado «...dejaría de ser un foro de negociaciones multilaterales para el comercio, entre todas las partes contratantes y únicamente constituiría un marco de seguridad legal que regiría el comercio de aquellos países *que tuvieran el mismo*

21 De acuerdo con un estudio llevado a cabo por la Brundtland Comisión, se estima que en 1980 los países menos desarrollados, tendrían que incurrir en un costo de US\$414 billones, en el control de la polución, si ellos tuvieran que cumplir con los mismos niveles que los exigidos para los Estados Unidos. Véase Rowbotham, Elizabeth J. *Ob.cit.*, pag.150. Nota 7.

*nivel de exigencia ambiental o con regulaciones internas idénticas*²². (La subraya no es del texto).

Las medidas que pretenden adoptar los Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea, para presionar la adopción de estándar ambientales más estrictos, por parte de sus socios comerciales, pueden resumirse en las siguientes:

2.21. *Restricciones a las importaciones de bienes producidos con laxos niveles de exigencia ambiental*

Éstas contrarían varias disposiciones del GATT y en especial, el artículo III que consagra la prohibición de aplicar medidas discriminatorias o menos favorables, en materia de impuestos, leyes o regulaciones internas, a los productos importados del territorio de otra parte contratante, respecto del tratamiento que se confiere a los bienes nacionales similares.

No existe una definición expresa en el GATT de lo que debe entenderse por «producto similar»²³. De tal manera, que este concepto se ha desarrollado, caso por caso, en los diferentes paneles, en donde se han fijado criterios, tales como la posición arancelaria, el uso final del producto, la intercambiabilidad, la naturaleza y características físicas, con el fin de determinar cuando un bien es similar a otro.

Los ambientalistas sugieren que además de los criterios anteriores, se tenga en cuenta la diferencia en el proceso o método de producción utilizado para fabricar el bien, con el fin de distinguir los productos manufacturados mediante procesos no contaminantes, de aquellos que son producidos a través de procesos que no cumplan con estrictos estándar ambientales.

22 *Inside U.S. Trade. September 1990*, párrafos 5.27 y 5.32. citado por Thomas, Christopher y Tereposki, Gregory A. Véase nota 6. *Supra*, pág. 35i.

23 Los códigos anti *dumping* y de subsidios del GATT se refieren a la noción de producto similar de una manera bastante vaga. Sobre el particular, las disposiciones pertinentes establecen que se entiende por producto similar para efectos de esos códigos «un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado». Véase artículo 2.6 del Código anti *dumping* y nota de pie de página N° 46 del Código de subsidios.

Lo anterior riñe con las conclusiones de varios paneles del GATT sobre la materia.

Así, en el caso relativo al tratamiento discriminatorio, por parte de España, a las importaciones de café —no tostado— provenientes del Brasil, el panel estableció que las diferencias resultantes de factores geográficos, métodos de cultivo, métodos de proceso o de factores genéticos, no constituían suficientes razones para permitir un tratamiento tarifario diferente²⁴.

Estas conclusiones fueron reafirmadas en el caso de las restricciones impuestas, por los Estados Unidos, a las importaciones de atún provenientes de México. En esta controversia, se concluyó que los Estados Unidos no podrían dar un tratamiento menos favorable que aquel establecido para el atún estadounidense, independientemente de si el proceso de pesca, por parte de las naves mejicanas, implicaba la captura accidental de delfines y de si éste era igual o no al proceso norteamericano²⁵.

En efecto, el panel determinó que aunque existía diferencia en los métodos de captura del atún, no había ninguna diferencia en el producto en sí mismo considerado, y en consecuencia, las medidas impuestas eran violatorias del artículo III del GATT.

Las decisiones de los paneles citados, llevan a concluir que la noción de producto similar, debe estudiarse con base en la naturaleza y características de productos que compiten entre sí, y no en factores o características relacionadas con el proceso o con los métodos de producción.

2.22. *Aplicación de derechos compensatorios para contrarrestar el subsidios o dumping ambiental*

En la actualidad estas medidas son totalmente improcedentes, dentro del contexto del GATT. De hecho, la disparidad en los niveles de exigencia ambiental están lejos de enmarcarse dentro de lo que este tratado considera como «dumping» o como «subsidio» y en consecuen-

24 Véase reporte del panel sobre España: «*Tariff Treatment of Unroasted Coffee: Claim of Brazil concerning a Spanish Royal Decree which divided unroasted coffee into five tariff classifications with different tariff treatment*», L/5 135, 11 June 1981, citado por Reitere Michael en *The International Legal Aspects of Process and Production Methods in World Competition*. V. 17, N° 4, June 1994. Pág. 114.

25 Véase Thomas Christopher y Tereposky A. Greg. *Op.cit.*, págs. 23-45.

cia, ningún país puede imponer derechos anti *dumping* o compensatorios para contrarrestar el denominado «*dumping ambiental*».

Por esta razón, los ecologistas afirman que las normas del GATT son incompatibles con la noción de desarrollo sostenible, por cuanto ellas no permiten combatir los siguientes tipos de «*Dumping ambiental*»²⁶:

- *Dumping* de bienes tóxicos o peligrosos.
- *Dumping* de industrias altamente polucionantes.
- *Dumping* de factores externos al método de producción.

Las inquietudes sobre las formas de *dumping* enunciadas, no surgen propiamente de la degradación del medio ambiente que ellas pudieran producir, sino más bien, del impacto negativo que pudieran causar en la competitividad de las industrias.

Un ejemplo bastante ilustrativo sobre el particular, lo constituye la preocupación por parte de los Estados Unidos y Canadá, con motivo de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio, en relación con la pérdida de competitividad que pudieran sufrir sus industrias, respecto de las ubicadas en México²⁷.

A raíz de estos temores, los Estados Unidos han comenzado a presionar porque se adopte un mecanismo que permita la imposición de derechos ambientales anti *dumping*, dentro del marco del NAFTA, lo que implicaría redefinir todo el procedimiento antidumping, hoy día vigente en el GATT.

Con el fin de garantizar la eficacia de este mecanismo, hay algunos autores que han sugerido la adopción de la siguiente metodología, dentro del marco del NAFTA, que considero pertinente resumir en este escrito, pues probablemente ella no demorará en ser sugerida en el ámbito del sistema multilateral de comercio²⁸.

26 Para un completo y exhaustivo análisis en relación con este tema, véase Rowbotham, Elizabeth J. *Op.cit.*

27 Esta preocupación surgió a raíz de la reubicación de las maquiladoras en el corredor fronterizo México, U.S., con el fin de evitar los costos que implicaba cumplir con la estricta legislación ambiental norteamericana. Por otro lado, los Estados Unidos enfatizaron el hecho que entre 1981 y 1989, aproximadamente el 10% de las ganancias de exportación de México, estuvieron constituidas por productos altamente contaminantes. Véase «1991 World Bank Report» mencionado en *Financial Times*, 12 mayo 1993 pág. 30. nota 22 supra, pág.150.

28 Nota 25, supra. *Ibíd.* Pág. 156.

1. Los derechos anti *dumping* deben calcularse con base en la diferencia de precios del producto, que sea atribuible a la disparidad en los niveles de exigencia ambiental.
2. Para efectos de lo anterior, sería preciso comparar los costos ambientales del proceso de producción, en el país que tiene bajos niveles de exigencia, con los costos de producción, asumidos por el fabricante en los países en donde las exigencias ambientales son más estrictas.

En esencia se trata de comparar los costos relativos necesarios para producir el bien en condiciones ambientales similares. Esta comparación debe reflejar el valor de los recursos ambientales, utilizados en el proceso de producción, así como el perjuicio ambiental causado por el proceso de producción que puede evaluarse por el costo de realizar la correspondiente limpieza.

3. Los derechos anti *dumping* deben cobrarse al exportador, pero el producido de los mismos, se ha de transferir al país exportador que podrá utilizar estos fondos para financiar los controles que deban establecerse al medio ambiente.
4. El derecho anti *dumping* no se debe establecer por el 100% del costo ambiental que está siendo objeto de *dumping*, sino que éste se debe imponer por un porcentaje gradual que se irá incrementando, hasta reflejar el costo total, con el fin de dar la oportunidad al país exportador, en cuestión, de realizar los ajustes correspondientes.
5. Con el fin de evitar que los derechos anti *dumping* se utilicen de manera proteccionista, se debe elaborar una lista de productos y procesos que puedan ser susceptibles de derechos, esta lista deberá ser parte del régimen anti *dumping*.

Quienes sugieren este mecanismo, afirman que el mismo podría ser una fuente de fondos para las firmas ubicadas en países con bajos niveles de exigencia ambiental. Con el fin de asegurar que estos fondos se utilicen en la adopción de controles y métodos para mejorar los correspondientes procesos, desde el punto de vista ambiental, deben de

establecerse las condiciones para tener acceso a este programa de incentivos.

Lo anterior asegurará que los estándares de exigencia ambiental, tiendan a situarse en el nivel más alto.

Finalmente, se aduce que los derechos anti *dumping* desestimularían la posibilidad de que las industrias se reubiquen en los países que tengan laxos niveles de exigencia ambiental.

En suma, quienes sugieren la adopción de este régimen, sintetizan sus beneficios en los siguientes:

- a) Permitiría proveer de recursos financieros, a las firmas ubicadas en países con bajos niveles de exigencia, de tal manera, que éstas pudieran adoptar técnicas y equipos tendientes a suprimir la polución.
- b) Permitiría proveer a los gobiernos de estos países, de fondos para que puedan aplicar su legislación.
- c) Serviría de incentivo a las industrias ubicadas en esos países para que mejoren sus procesos
- d) Desestimularía el establecimiento o reubicación de industrias altamente contaminantes.

Sin embargo, en mi opinión, el esquema sugerido, desconoce el hecho que los niveles de exigencia ambiental no pueden ser uniformes en todos los países, toda vez que —como se afirmó en el acápite 2.1. de este escrito— ellos deben establecerse, de acuerdo con las necesidades ambientales y de desarrollo de cada país. De aceptarse la adopción del sistema propuesto, existiría el riesgo de que los países más atrasados, se vieran obligados a adoptar estándares ambientales más exigentes que los que realmente necesiten, so pena de perder el acceso a sus mercados de exportación. Esto se traduciría en costos innecesarios que gravarían, de manera injustificada, sus procesos de desarrollo.

De otra parte, se llegaría de nuevo a la conclusión de que el libre comercio, sólo operaría entre aquellos países que tuvieran idénticos niveles de exigencia ambiental, porque bajo el sistema planteado, todos los países verían penalizadas sus exportaciones que tuvieran como destino, mercados con estándar de exigencia más altos.

2.23. Subsidios a los productores domésticos

Quienes abogan por estas medidas, aducen que ellas permitirían compensar el incremento en los costos, en los que tengan que incurrir los productores domésticos, para poder cumplir con las regulaciones ambientales locales y para contrarrestar cualquier ventaja que tuvieren las importaciones, como consecuencia de la utilización de procesos contaminantes de bajo costo, por parte de los productores extranjeros.

Sobre el particular, el artículo 11 del Código de Subsidios del GATT reconoce que las ayudas diferentes de los subsidios de exportación, pueden utilizarse como importantes instrumentos, para la promoción de los objetivos de las políticas económicas y sociales. Dentro de estos objetivos, se señala expresamente la «...reorganización de la industria con el fin de evitar la congestión y los problemas ambientales».

En consecuencia, los subsidios que se confieran con los propósitos antes descritos, se ajustan, en principio, a las disposiciones del GATT, siempre y cuando no causen un perjuicio serio a otro signatario, o impliquen un menoscabo de los beneficios adquiridos bajo el GATT.

Lo anterior significa que ningún Estado, puede conferir subsidios a la exportación de un producto, con el fin de contrarrestar los altos costos ambientales de su producción doméstica. Un subsidio como el enunciado, está rotundamente prohibido por el GATT.

Por lo demás, el otorgamiento de los subsidios con fines ambientales, debe sujetarse a las disposiciones, que sobre el particular consagra el GATT y en especial, al artículo 8.2.C del Código de Subsidios, negociado en la Rueda Uruguay²⁹.

29 El artículo 8.2. dispone:

«No obstante las disposiciones de las Partes III y V, no serán recurribles las subvenciones siguientes:

...

c) Asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas, a condición de que dicha asistencia:

- i) Sea una medida excepcional no recurrente; y
- ii) Se limite al 20 por ciento de los costos de adaptación; y
- iii) No cubra los costos de sustitución y funcionamiento de la inversión objeto de la asistencia, que han de recaer por entero en las empresas; y
- iv) Esté vinculada directamente y sea proporcionada a la reducción de las molestias y la contaminación prevista por una empresa y no cubra ningún ahorro en los costos de fabricación que pueda conseguirse; y
- v) Esté al alcance de todas las empresas que puedan adoptar el nuevo equipo o los nuevos procesos de producción».

Debe finalmente mencionarse que, según los ecologistas, las normas del GATT en materia de *dumping* y subsidios, son precarias e insuficientes para lograr una adecuada protección ambiental, y lo que es más, en ocasiones llegan a ser incompatibles con el concepto de desarrollo sostenible. Por este motivo, han sugerido redefinir todo el esquema de los subsidios contemplados en el GATT.

3. MEDIDAS QUE APLICAN NIVELES DOMÉSTICOS DE EXIGENCIA AMBIENTAL A LOS BIENES IMPORTADOS

El planteamiento del problema surge también en este caso, de la disparidad en los estándares ambientales, existentes entre los distintos países. Así, es posible que un país adopte medidas que fijen requisitos mínimos que deben cumplir los procesos productivos y/o los productos, —ej., niveles mínimos de emisión de un proceso, método empleado en la captura o sacrificio de animales, material de empaque que no debe usarse, etc.,— con el fin de que el bien pueda ingresar al mercado. Es de prever que el gobierno del país en cuestión, pretenda también exigir esos requisitos a los bienes importados, de tal manera, que si estos no cumplen con los niveles de exigencia local, su importación no será posible.

En la situación objeto de análisis, es necesario distinguir si la exigencia o prohibición, se refiere a las calidades propias del producto final o a las características inherentes del método de producción.

3.1. RESTRICCIONES RELATIVAS A LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO

Si los niveles de exigencia se refieren al producto final, ej. contenido de plomo en la gasolina, capacidad de contaminación del producto durante su uso o consumo —biodegradabilidad de los detergentes, gases de escape de los automóviles, material del empaque—, etc.³⁰, es necesario a su vez, determinar si el nivel de exigencia o la restricción, se aplica por igual a los productos importados y a los nacionales, con el fin de determinar si la medida es o no violatoria del GATT.

30 Véase nota 6, supra, pág. 102.

Así por ejemplo, si un requisito se aplica con más rigor, a las importaciones que a los bienes nacionales o si sólo se aplica a los bienes extranjeros, esa exigencia, será violatoria del artículo III del GATT, pues se trataría de una restricción discriminatoria. Lo mismo ocurre cuando la medida, no sea realmente necesaria.

Sobre el particular, el Código de Obstáculos Técnicos del GATT, busca evitar que cuando un país adopte regulaciones técnicas, a nivel local, éstas se conviertan en un obstáculo innecesario al comercio, para lo cual, el país en cuestión, deberá consultar y tener como base las regulaciones internacionales³¹.

No obstante lo anterior, el país respectivo podrá apartarse de las normas internacionales, cuando ellas sean ineficaces o inapropiadas para el logro de «los objetivos legítimos. Como ejemplo de estos casos, el artículo 2.4. del Código, cita los «problemas causados por factores climáticos».

Finalmente, el artículo 2.2. establece de manera perentoria, que «...los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos».

3.2. RESTRICCIONES EN RELACIÓN CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO PRODUCTIVO

A diferencia de los requisitos que se imponen, en razón de las calidades del bien final, en donde lo que se busca es evitar o controlar la polución originada por el uso o disposición del producto final; las restricciones relativas al proceso productivo, buscan controlar la contaminación que se genera durante la etapa de fabricación del producto.

Es decir, que mientras los efectos contaminantes de un producto, se presentan en el lugar y momento de su consumo o disposición, los efectos polucionantes del proceso productivo, se presentan por lo general, en el lugar en el que el bien se fabrica. De ahí, que estas restricciones busquen establecer controles a nivel doméstico en los países que las adoptan.

En consecuencia, la imposición de prohibiciones o de exigencias, en razón del proceso productivo, a los bienes importados de otro país, carece de todo sustento, además de ser violatorias de los artículos I, III

31 Artículo 2.4. Código de Obstáculos Técnicos.

y XX del GATT, tal como lo estableció el ya analizado panel del GATT, sobre la disputa concerniente a las importaciones a los Estados Unidos de atún, proveniente de México. En este panel se dejó en claro lo siguiente³²:

1. Que la restricción impuesta, era violatoria de los artículos I y III del GATT, puesto que se impuso con base en las características del proceso y no del producto final. En consecuencia, la medida denunciada se aplicó, de manera discriminatoria contra un producto extranjero similar al nacional. Se concluyó que si bien el proceso de captura, de uno y otro producto, era diferente, no existía ninguna diferencia en las características del bien final.
2. Que la prohibición buscaba preservar recursos ubicados fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos y que en consecuencia, ésta no cabía en las excepciones contempladas por el artículo XX (b) y (g) del GATT. El panel fue claro en establecer, que en su concepto, estas excepciones, únicamente eran procedentes, cuando las restricciones tenían como finalidad proteger los recursos domésticos. En opinión del panel, una interpretación más amplia, daría lugar, a que las partes contratantes, pudieran determinar, de manera unilateral, las políticas de protección a la vida y a la salud, de otros países, sin poner en peligro sus derechos en el GATT³³.
3. Que los Estados Unidos no habían demostrado que las medidas eran necesarias, toda vez que este país no acreditó, que antes de acudir a ellas, había agotado todos los medios razonables a su alcance que fueran más consistentes con el GATT, para lograr la protección de los recursos motivo de controversia.

Como se mencionó en los inicios del presente escrito³⁴, el artículo XX (b) y (g) del GATT consagra la posibilidad de adoptar, una serie de medidas que constituyen una excepción a las obligaciones generales y en donde se toma en consideración, de manera implícita, el objetivo de preservar el medio ambiente.

32 Véanse págs. 106 y 107, supra.

33 Véase nota 22, supra, ibíd.

34 Véanse págs. 102, 103 y 104, supra.

Las restricciones que se adopten, en virtud de estas excepciones, deben de ser necesarias, esto es, que no exista otra posibilidad de resolver el problema con remedios diferentes, que guarden mayor compatibilidad con el GATT.

4. MEDIDAS DESTINADAS A PONER EN VIGENCIA ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE MEDIO AMBIENTE

Aquí, el problema se plantea, cuando un compromiso, adquirido por una parte contratante, en desarrollo de un acuerdo internacional relativo al medio ambiente³⁵, resulta contraria o incompatible con las disposiciones del GATT. Es el caso, por ejemplo, de las cláusulas que prohíben o restringen el comercio con aquellos países que no son miembros del acuerdo ambiental, o de aquellas cláusulas que establecen restricciones a las importaciones, en razón de las características del proceso productivo³⁶.

Se aduce que en estos casos, las restricciones han sido multilateralmente acordadas, así sea en virtud de un tratado distinto del GATT y que en este sentido, existe una sustancial diferencia con aquellos casos en donde la medida es impuesta unilateralmente, por una de las partes, sin que haya sido convenida en el contexto de un convenio internacional.

Sin embargo, la mayoría de los autores están de acuerdo en que en estos casos, sería conveniente estudiar la posibilidad de reformar el artículo XX, con el fin de incluir en la lista de excepciones contenida en dicho artículo, la posibilidad de establecer restricciones cuando ellas hubieran sido acordados en un convenio internacional sobre medio ambiente, del cual hagan parte el país que adopta la medida y el Estado afectado con la misma³⁷. También se sugiere que ante la dificultad de lograr una modificación a la norma referida, se busque que las partes contratantes del GATT, actuando colectivamente, realicen una interpre-

35 Los acuerdos más importantes sobre el particular son los siguientes:

La Convención Internacional sobre especies en vías de extinción —CITES—.

La Convención de Basilea sobre el control del movimiento trasfronterizo y disposición de desechos peligrosos.

El Protocolo de Montreal sobre sustancias que deterioran la capa de ozono.

36 Véase por ejemplo el artículo 4.4. del Protocolo de Montreal, que dispone la obligación para las partes de restringir las importaciones de productos fabricados con sustancias controladas, así el producto, en sí mismo no contenga estas sustancias, cuando éstas se importen de países no miembros del acuerdo. Véase nota 6, supra. Pág. 102.

37 *Ibíd.* Véase también nota 3, supra. Pág. 97.

tación del artículo XX, con el fin de autorizar la aplicación de medidas acordadas en este tipo de tratados. Esa autorización por vía de interpretación, se debe dar bajo los siguientes requisitos:

1. La restricción debe haberse acordado, en convenios multilaterales —abiertos a todos los países— no deben admitirse restricciones pactadas en convenios regionales como el NAFTA.
2. Las restricciones no deben aplicarse, con el fin de forzar la adhesión, al acuerdo de los países no miembros.
3. Las medidas únicamente podrán aplicarse a países no miembros, cuando ello sea imprescindible y esencial para evitar la elusión de los compromisos del acuerdo entre las partes, o para asegurar que la producción o consumo incontrolado de un producto, en un tercer país, acabe con la efectividad de los compromisos pactados entre los signatarios.

En estos casos, deberán observarse estrictamente las demás disposiciones del GATT y del artículo XX (que la medida sea necesaria, que no se imponga en razón de las características del proceso, que se aplique de la manera menos inconsistente con el tratado, etc)³⁸.

Una tercera sugerencia es que las partes contratantes concedan un *waiver* en virtud del artículo XXV, en donde se autorice la aplicación de las restricciones aludidas, bajo las condiciones antes señaladas. Se aduce que la ventaja de esta última alternativa es que, en este caso, las negociaciones sobre estos aspectos, serían transparentes y multilateralmente negociadas, además que tendrían el soporte de la mayoría de las partes contratantes.

Finalmente, hay quienes sostienen que en caso de conflicto entre un tratado ambiental y el GATT, deben primar las disposiciones del primero, toda vez que, según aducen, el GATT no es un tratado de comercio, sino un acuerdo que fija reglas para el uso de restricciones comerciales³⁹.

38 Véase nota 3, supra, pág. 97.

39 Véase nota 5, supra.

De todas formas, la mayoría de los autores estudiados están de acuerdo en que es poco probable, que los signatarios de este tipo de acuerdos, traten de atacar, en el ámbito del GATT, una restricción que ha sido convenida multilateralmente. Y hay quienes afirman que de llegar a presentarse el caso, es poco probable que el Consejo del GATT llegare a declarar ilegal la medida, esto sería según ellos, una acción suicida⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

Los denominados «aspectos sociales» ponen en evidencia una nueva preocupación, en ocasiones auténtica, por la existencia de problemas mundiales que plantean conflictos e interrogantes sobre el modo más adecuado de hacer compatibles temas como el del medio ambiente y el aspecto laboral, con el sistema multilateral de comercio.

La mayoría de modificaciones al sistema multilateral de comercio sugeridas por los ecologistas, parten de supuestos irreales, que en últimas erosionarían sus objetivos, por cuanto suponen que el libre comercio solamente podría realizarse entre países con idénticos niveles de exigencia ambiental y de un similar grado de desarrollo.

Así las cosas, los países en desarrollo serían los más afectados por cuanto, podrían verse en la obligación de adoptar niveles de exigencia más altos de los que realmente requieren, para evitar ver gravadas sus exportaciones.

En consecuencia, deben buscarse alternativas de tipo económico que permitan suavizar el conflicto y manejar este tema de un modo menos traumático, tales como subsidios dentro de los límites del GATT, líneas de crédito y transferencia de tecnología verde, a los países menos adelantados.

Todas las medidas restrictivas que se adopten por razones ambientales deben ser acordadas por los países en forma multilateral. Las restricciones establecidas en acuerdos regionales que se hagan extensivas a otros países o aquellas adoptadas unilateralmente no deben ser toleradas en el sistema multilateral de comercio.

Dada la complejidad del problema hay quienes⁴¹ han propuesto dividirlo en varios subtemas, tales como; la preservación de las especies

40 Véase nota 2, supra.

41 Charnovitz, Steve *The World Trade Organization and Social Issues en Journal World Trade* V. 28 N° 5, octubre 1994, págs. 17 a 33.

en vías de extinción; la prohibición de la entrada de basuras extranjeras peligrosas; el establecimiento de un porcentaje de contenido reciclable en papel periódico y en botellas; reglas específicas sobre etiquetado; ajustes de impuestos fronterizos; medidas sanitarias para el tratamiento de las basuras peligrosas o el comercio de animales; con el fin de darle una solución diferente a cada asunto, bien sea mediante la aplicación de medidas de tipo económico o ambiental.

De otra parte, la tesis del *dumping* social abanderado por los Estados Unidos y Francia no tienen por el momento ningún fundamento racional. Tal como lo afirma el doctor Juan Camilo Restrepo⁴²:

«Los proponentes de la tesis del *dumping* social deberían recordar, por último que no porque haya mayores salarios en un país hay mayores costos en la producción, pues si la productividad es alta, si hay mayor tecnología mejores estándares educativos, como sucede en todos estos países industrializados, las exportaciones del tercer mundo no son las que ponen en peligro los empleos en esos países».

Finalmente, es importante destacar que este tema se ha planteado en medio de una gran descoordinación entre las distintas instituciones que se han creado para promover la cooperación internacional de estos asuntos, aunque con la creación del Comité de Comercio y Medio Ambiente se espera que se mejore la comunicación entre las distintas instituciones.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE, ROBERTO P. Amor a la americana. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Forum*. Noviembre de 1994.

CANO, CARLOS GUSTAVO. El *dumping* social. En: *El Espectador*, 28 de abril de 1994, pág. 2A

CHARNOVITZ, STEVE. *The World Trade Organization and Social Issues*. En: *Journal of World Trade*. vol. 28 N°5. octubre 1994, págs. 17-34.

COLPRENSA. «Proponen política de precios para preservar medio ambiente» En: *La República* noviembre 28 de 1994, pág. 14A.

42 Restrepo, Juan Camilo. "El dumping social" en *La República*, abril 21 de 1994, pág. 2A.

FERRO, JUAN ALBERTO. El medio ambiente como técnica de mercado. En: *La República*. Noviembre 17 de 1994, pág. 1B.

MILLÁN, SUSAN. Pequeñas y medianas empresas ante el control de los desechos. En: *La República* noviembre 17 de 1994, pág. 1B.

REGE, VINOD. GATT Law and Environmental - Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries. En: *Journal of World Trade*. vol. 28 N° 3 junio 1994 págs. 95-169.

REITERER, MICHAEL, *The International Legal Aspects of Products and Production Methods*. En: *World Competition* v. 17 No. 4 junio 1994, págs. 111-128.

RESTREPO, JUAN CAMILO. El dumping social. En: *La República* abril 21 de 1994, pág. 2A.

ROWBOTHAN, ELIZABETH J. *Dumping and Subsidies-Their Potential Effectiveness for Achieving Sustainable Development in North America*. En: *Journal of World Trade*. vol. 27 N° 6 diciembre 1993, págs. 145-171.

THOMAS, CHRISTOPHER Y TEREPOSKY, GREGORY. *The NAFTA and the side agreement on environmental co-operation, Addressing Environmental concerns in a North America Free Trade Regime*. En: *Journal of World Trade*. vol. 27 N° 6 diciembre 1993, págs. 5 y sigs.

THOMAS, CHRISTOPHER Y TEREPOSKY, GREGORY. *The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation*. En: *Journal of World Trade*. vol. 27 N° 4 agosto 1993, págs. 23-46.

PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICATIVAS DE LA COMPETENCIA TRASFRONTERIZAS: HACIA UNA SOLUCIÓN INTERNACIONAL

MARÍA CLARA LOZANO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS DE RESPUESTA

Los países más desarrollados y en la actualidad los que se encuentran en vías de desarrollo han venido implementando al interior de su territorio normas que permitan un desarrollo de la estructura competitiva de sus mercados nacionales.

Sin embargo, el aumento diario y masivo de las relaciones comerciales entre los diferentes países en un ámbito de “liberalización comercial” ha llevado a que en la actualidad actividades realizadas por empresas que no se acogen al marco normativo de un Estado afecten la estructura interna competitiva de éste.

El problema central a discutir se encuentra planteado en las siguientes preguntas, ¿qué puede hacer un Estado para mantener su estructura competitiva nacional cuando se ve enfrentado a la conducta desarrollada por empresas que no perteneciendo a su territorio pueden afectarla? ¿Con qué instrumentos puede contar dicho Estado, si las empresas involucradas no tienen presencia en su territorio nacional y conciertan una práctica restrictiva de la competencia en el exterior que produce efectos anticompetitivos en su propio mercado?¹.

1 Oriol y Casanovas complementa la serie de preguntas planteando “¿La defensa contra las prácticas restrictivas en el mercado nacional constituye un marco suficiente? ¿Qué posibi-

La situación expuesta requiere una colaboración recíproca entre los Estados en la que estos se comprometan a idear mecanismos para mantener el libre y limpio juego de la competencia. Si esta colaboración no existe se presenta un efecto multiplicador en donde los Estados procuran defender solamente sus intereses nacionales primando, quizás, la ley del más fuerte.

Al respecto, los Estados se han venido planteando diversas hipótesis para dar respuesta al interrogante planteado:

1. Creación de un Código anti *trust* internacional.
 - 1.1. El proyecto del instituto Marx Planck.
 - 1.2. Creación de un ordenamiento legal dentro del marco de la OMC - antiguo GATT.
2. Las prácticas comerciales restrictivas como medidas para arancelarias.
3. La aplicación extraterritorial del derecho de la competencia.
4. Realización de acuerdos bilaterales para la definición de normas y criterios aplicables en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

PRIMERA VÍA DE SOLUCIÓN: CREACIÓN DE UN CÓDIGO ANTI TRUST INTERNACIONAL

El proyecto de código anti trust internacional del Instituto Marx Planck

Teniendo en mente el problema arriba planteado el Instituto Marx Planck constituyó en 1991 un grupo de trabajo para que, buscando darle una solución en el marco de la Organización Mundial del Comercio —OMC—, se creara un código anti *trust* internacional que entre otras cosas, estableciera las conductas o prácticas comerciales restrictivas

lidades tienen los Estados para proyectar su legislación antimonopolio más allá de sus límites normales y ejercer esta protección del mercado nacional, incluso contra aquellas prácticas concertadas más allá de sus fronteras? ¿Cabe un efecto extraterritorial a la legislación en defensa de la competencia?"

concretas, los criterios bajo los cuales operarían estas normas. Las justificaciones que podrían presentarse por parte de los diversos agentes económicos y por último las autoridades supranacionales que en conjunción con las agencias nacionales de competencia lograrán un equilibrio en la aplicación de las normas de competencia.

Sin embargo este proyecto tuvo una discusión en el marco de la OCDE y no fue posible su aprobación por considerarlo un proyecto de una complejidad demasiado alta, quizás por la creación de una entidad de control supranacional como era la autoridad anti *trust* internacional, como cuerpo de fiscalización integrante de la Organización Mundial del Comercio.

Sin embargo esta posibilidad se encuentra abierta y vale la pena destacar brevemente los puntos más relevantes del código anti *trust* y que son a su vez los motivos que quizás hicieron imposible su aprobación como cuerpo legal de la OMC debido a la clara cesión de soberanía que ellos implican en materia de una política de competencia que se aúna a múltiples factores políticos y económicos de cada Estado.

Habría que mencionar que el proyecto de dicho código partía de una aplicación restringida a aquellas conductas que fueran trasfronterizas, es decir aquellas cuyo ámbito de acción no se limitara al territorio de un solo Estado, sino que implicara el paso por el territorio de dos o más Estados parte.

Este punto iría atado, como ya se adelantó, a la creación de una "Autoridad Anti *trust* Internacional (AAI) que operara dentro del marco del antiguo GATT —actual OMC— y que aun cuando no podría emitir acciones de carácter administrativo contra personas de carácter privado por violación de las normas de competencia, sí tendría la posibilidad de solicitar a la autoridad nacional de competencia la iniciación de las acciones respectivas en cada caso, elevar acciones en la respectiva Corte nacional contra la agencia de competencia que se haya rehusado a tomar las medidas respectivas y demandar a las personas de carácter privado por supuesta violación a las normas de competencia ante las cortes nacionales.

Asimismo podría apelar bajo las normas de procedimiento del Estado en cuestión, al igual que cualquier parte implicada aun no siendo considerada como tal, y demandar ante el panel anti *trust* internacional, organismo también creado en el proyecto de código, la violación de las obligaciones establecidas en el tratado por parte de un Estado miembro.

En cuanto a la parte sustantiva del proyecto de código anti *trust* internacional, debe resaltarse que éste obligaba a los Estados a tener coherencia entre las políticas de competencia a aplicar a nivel nacional e internacional, de manera tal que si un Estado prohibía los carteles de cuotas o fijación de precios al interior de su mercado no podría apoyar institucionalmente, por ejemplo, un cartel de exportación. Es en este punto donde resultaría clave la eventual posibilidad que tendría la AAI de denunciar el incumplimiento de las obligaciones del código por parte de un País miembro.

Igualmente resultaban dentro del ámbito de aplicación de este ordenamiento las empresas públicas de los Estados miembros en tanto éstas fueran consideradas agentes económicos que desarrollaran actividades en forma similar a una empresa privada.

Creación de un ordenamiento legal dentro del marco del GATT - hoy en día OMC

Al respecto cabe establecer que la última conferencia ministerial realizada en el marco de la Organización Mundial en diciembre de 1996 solicitó la creación de un grupo de trabajo que profundizara sobre el tema de la política anti *trust* a nivel internacional.

Sin embargo valga resaltar que en la actualidad algunos acuerdos de la OMC cuentan ya con algunas regulaciones en materia de política de competencia.

En lo que se refiere al sector servicios el acuerdo general sobre comercio de servicios (GATS) integrante del sistema normativo de la Organización Mundial del Comercio —OMC— prevé algunas conductas consideradas como prácticas comerciales restrictivas de la competencia aplicables a este sector en concreto, situación que despeja, parcialmente, la promoción de la competencia en este nivel.

Igualmente el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio trae algunas disposiciones en materia de política de competencia, como es el artículo 40 en donde los Países miembros convienen que

“ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de tecnología”.

Igualmente se permite a los miembros que regulen a nivel nacional las prácticas que en determinados casos puedan constituir abuso de los derechos de propiedad intelectual que tengan un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Finalmente el artículo prevé la posibilidad de celebrar consultas entre los miembros sobre esta materia, tanto por parte de aquel que se siente afectado por la práctica como de aquel cuyo titular del derecho es un nacional o tiene su domicilio en él. Esta posibilidad de consultas se presenta cuando un titular de derechos, nacional de o domiciliado en, un Estado miembro realiza prácticas que infringen las leyes o reglamentos de otro miembro.

Volviendo al tema del grupo de trabajo creado por orden de la Conferencia Ministerial de Singapur la constitución de ese grupo se encuentra actualmente en proceso. Sin embargo, hoy en día se pueden observar dos tendencias sobre la materia: por un lado la de aquéllos que consideran que la creación de un acuerdo anti *trust* a nivel de la Organización Mundial del Comercio no tiene sentido ya que bastaría con las normas nacionales en la materia y con la aplicación de las demás regulaciones de la OMC para lograr que en virtud de una liberalización comercial acorde con los principios de esta organización se diera por sí misma una sana y libre competencia; de otro lado nos encontramos con la posición de aquellos que abogan por la necesidad de establecer unas normas claras en materia de competencia para que forme parte integrante de la OMC considerando que aplicando las normas actuales de la OMC no se logra un sano y libre acceso al mercado si no se tiene un control sobre las eventuales prácticas comerciales restrictivas de la competencia que pudieran surgir por parte del sector privado de un País miembro cuando sienta que está perdiendo participación en el mercado. Dentro de esta posición hay quienes incluso extienden la discusión a la eliminación de la política anti *dumping* por parte de una política anti *trust* globalizada.

SEGUNDA VÍA DE SOLUCIÓN: LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA COMO MEDIDAS PARA ARANCELARIAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Una vez planteado el actual fracaso de la posibilidad de un código anti *trust* internacional los estudiosos del temas se ven abocados a estudiar otras hipótesis y se han encontrado con que “en su catálogo de medidas

no arancelarias el GATT ha incluido a las prácticas restrictivas, aunque no haya tenido esta materia desarrollo posterior”².

De esta forma frente a una eventual trasgresión de su estructura competitiva el Estado afectado podría acudir al procedimiento GATT para estos efectos. Sin embargo resulta claro que éste no ha sido el procedimiento comúnmente seguido por los Estados, ya sea por falta de regulación o por el deseo de evitar el uso de una estructura supranacional que carece de normas sustantivas y que podría implicar una pérdida de soberanía.

TERCERA VÍA DE SOLUCIÓN: LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Con el fracaso de las posibilidades mencionadas anteriormente la Comunidad Internacional se encuentra frente a un vacío legal, político y económico en la solución de los conflictos que puedan presentarse en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia a nivel internacional.

Es por la razón anterior que surge la teoría que ha venido aplicando desde 1912 Estados Unidos y en forma consecuyente y reciente la Unión Europea, conocida como Aplicación extraterritorial del derecho de la competencia con base en la teoría del efecto y que, de algún modo, como se explicará más adelante, acogía el proyecto de código anti *trust* del Instituto Marx Planck.

Para ver con mayor claridad el punto resulta importante ilustrarlo con una sentencia de la Unión Europea, que toca el tema por primera vez en forma clara y precisa. Es esta la sentencia pasta de madera de marzo de 1993.

Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas

- El 19 de diciembre de 1984 la comisión emitió una decisión en contra de 43 productores de pasta de madera así como a 3 de sus asociaciones profesionales por violación del artículo 85.1. TCEE

2 Ávila, Castillo Y Díaz: *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*. Página 211. Editorial Tecnos 1994.

por concertación de precios, como resultado de una investigación iniciada en 1977.

- Estos 43 productores que abastecían en forma importante el mercado de pasta de papel en la comunidad estaban integrados por 12 compañías de Finlandia, 11 de Estados Unidos, 10 canadienses, 11 suecas, 1 de Noruega, 1 española y por último una portuguesa (Para entonces estos dos países no pertenecían a la Comunidad Económica Europea). De las 43 compañías 36 fueron sancionadas con multas entre 50.000 y 500.000 ECUS.
- Dichas compañías demandaron la decisión de la comisión ante el TJCE en 1988.

Producto

- La pasta de madera de sulfato blanco. Existen diversas clases y calidades de esta pasta de madera.
- Su uso es para la fabricación de papel de alta calidad.
- Para el fabricante de papel el precio de la pasta representa entre el 50 % y el 75% del precio final de ese producto.

Productores

- Más de cincuenta empresas vendían la pasta proveniente de Canadá, Estados Unidos, Suecia y Finlandia, entre otros, en la CE.
- Las empresas finlandesas se encontraban agrupadas en una asociación (FIDES) que vendía por su propia cuenta y riesgo los productos y fijaba los precios.
- Las empresas norteamericanas también estaban asociadas (salvo una compañía) en una asociación constituida bajo la Webb Pommerene Act que permitía el intercambio de información

sobre la comercialización de los productos en el extranjero y la fijación de precios).

- Algunos productores de la pasta fabricaban asimismo el papel.

El acuerdo sancionado por la comisión

- Las compañías finlandesas, las americanas y las canadienses habían concertado precios de la pasta de madera destinados a la comunidad fijando no sólo los precios anunciados sino los precios de transacción efectiva.
- Los productores de pasta de madera concluían contratos de aprovisionamiento a largo plazo (5 años). En este contrato el productor garantizaba a sus clientes la posibilidad de comprar cada trimestre una cantidad mínima de pasta de madera a un precio que no superara aquel enunciado al principio del trimestre.
- Los clientes eran libres de comprar más o menos de lo que le había sido reservado y podían negociar rebajas de precios con relación al precio anunciado.
- Los precios anunciados variaban según la pasta estuviera destinada a los puertos europeos del noreste o los mediterráneos.
- Los precios eran publicados en la prensa especializada.
- Los precios definitivos a los clientes (de transacción) podían ser idénticos a los precios anunciados, sin embargo eran inferiores porque las rebajas o facilidad de pago eran diferentes para los clientes, pero para este caso también se fijaban criterios de descuento, etc.
- Algunas de las compañías tenían además en sus contratos cláusulas de prohibición de exportación o reventa de la pasta de madera adquirida por estos últimos.

- Dentro de un compromiso accesorio producto de la investigación los interesados se obligaban a anunciar y facturar al menos un 50% de sus ventas destinadas a la comunidad en la moneda del comprador y a no anunciar más sus precios trimestralmente pero a mantenerlos vigentes hasta nueva orden, no comunicar los precios a los destinatarios establecidos en el acuerdo, a poner fin a las concertaciones existentes al seno de la Kea (asociación americana) y de la FIDES (Asociación finlandesa) y a no imponer más prohibiciones de exportar y revender a sus compradores.

La demanda ante el TJCE

- Tomó casi dos años un estudio de paralelismo de precios.
- El tribunal rehusó la objeción por aplicación territorial errónea del artículo 85.1 TCEE y de incompatibilidad de la decisión con el derecho internacional público en tanto que ésta se fundaba en la aplicación exclusiva de las reglas de competencia contenidas en el acuerdo de libre comercio entre la CE y Finlandia. Sin embargo anuló la decisión de la comisión contra una de las compañías estadounidenses.

Defensa de las empresa en el proceso del TJCE

- No existe tal concentración de precios, el paralelismo es explicable por el funcionamiento normal del mercado.

Las empresas de Estados Unidos

- En cuanto a la afectación del comercio entre Estados miembros alegaron que sus actividades se limitaban a la exportación a la comunidad y no al comercio entre Estados miembros. Además la producción de ellos podía ser remplazada por producción propia.
- Alegaron además que en caso de haberse afectado el comercio entre Estados miembros su participación en el mercado era reducida como para tener un impacto sensible en éste.

El TJCE opinó sobre esta defensa

- La fijación de precios de un producto intermedio (como es en el presente caso la pasta de madera) puede afectar el comercio entre Estados miembros aunque por sí mismo no se comercialice en los Estados miembros, siendo materia prima de otro producto que sí se comercializa. En el caso concreto la pasta de madera es entre un 50% y un 75% del producto final papel.
- Igualmente estableció que “el acuerdo que sea susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros bajo una base de elementos objetivos de hecho o de derecho, permite prever un grado de probabilidad suficiente de que éste puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial sobre las corrientes de intercambio entre Estados miembros.”
- Además se comprobó que el consumo en la comunidad de este producto de origen estadounidense era de 14.10% - 17.67%.

Las empresas de Finlandia

- No existe afectación del comercio intracomunitario: sólo se afecta el comercio entre los Estados terceros y los Estados miembros. Además el comercio de pasta entre Estados miembros es prácticamente inexistente.

Posición del tribunal

- Idéntica a la ya enunciada.

Las empresas de Canadá

- Las cláusulas de prohibición de exportación y reventa a compradores no se aplicaron realmente.

Posición del tribunal

Aun cuando no se aplique el acuerdo no es suficiente para sustraerlo de la prohibición del 85.1 TCEE.

En conclusión

*El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con base en los criterios arriba mencionados confirmó la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en la mayoría de sus puntos, con lo que "reconoció que las normas de competencia comunitarias podrían aplicarse a empresas situadas fuera de la comunidad, siempre que su actividad se efectuase en la comunidad"*³.

Este ejemplo nos introduce directamente en lo que se conoce como aplicación extraterritorial del derecho de la competencia que consiste básicamente en la aplicación de las normas de competencia de un Estado, por fuera del territorio internacionalmente demarcado, cuando su estructura competitiva nacional se ha visto afectada.

En razón a que ésta ha sido hasta ahora una de las formas más importantes utilizadas para solucionar los conflictos que generan las prácticas comerciales restrictivas de la competencia a nivel internacional, resulta importante profundizar en su funcionamiento. Posteriormente se analizará en este escrito otra de las soluciones que se han venido desarrollando a nivel internacional que consiste en la realización de acuerdos bilaterales entre los diferentes Estados para la definición de normas y criterios aplicables en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

3 Comisión de las Comunidades Europeas: comunicación de la comisión al Consejo sobre la cooperación con los Estados Unidos de América en cuanto a la aplicación de sus normas de competencia. Propuesta de decisión al Consejo por la que se concluye el acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia. Octubre 6 de 1994.

APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Salta a la vista que la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia presenta complejidad, empezando por el punto de la territorialidad pues aunque la sentencia *Lotus* dictada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional estableció que “los Estados son libres para determinar el campo de aplicación de sus leyes, pudiendo como mucho el derecho internacional establecer unos límites generales”⁴, en la práctica resulta difícil distinguir los límites a los que ha de someterse un Estado cuando ha sido violentada su estructura competitiva.

Por esta razón resulta relevante determinar cuál sería el criterio que podría servir de fundamento a un Estado para aplicar sus normas de competencia más allá de sus límites territoriales. Buscando este criterio, los Estados Unidos y finalmente, la Unión Europea, determinaron la teoría del efecto, como elemento fundamental de conexión que permitiera la aplicación de sus normas.

LA TEORÍA DEL EFECTO COMO ELEMENTO DE CONEXIÓN

Pero, ¿en qué consiste esta teoría? Básicamente en que “fundamenta la jurisdicción sobre las conductas que se presentan fuera del Estado, en tanto en cuanto esas conductas tengan, o intenten tener, efectos dentro del Estado que busca imponer responsabilidad”⁵.

Es decir, si una práctica comercial restrictiva concertada internacionalmente, incluso por sujetos no pertenecientes a su territorio, produce *efectos anticompetitivos* al interior del territorio de un Estado, éste tendrá jurisdicción para defenderse.

Para Goldman y Lyon - Caen “la teoría del efecto interno presenta, pues, un mérito indiscutible, el de no hacer depender la aplicabilidad de las normas de competencia ni de la <<nacionalidad>> de las empresas, ni del reparto de su capital, ni sobre todo, de su lugar de implantación”⁶.

4 Sentencia citada por Goldman y Lyon - CAEN: *Derecho comercial europeo*. Editado conjuntamente por el Banco Hispano Americano y el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Pág. 568.

5 *Ibíd.* ídem. Pág. 140

6 Goldman y Lyon - Caen Y.: *Op.cit.* Pág. 569.

Este criterio fue adoptado incluso por los redactores del proyecto de Código anti *trust* del Instituto Marx Planck que en la sección 2 del artículo 3 establece que las partes del acuerdo podrán regular y aplicar sus propias normas para las restricciones de la competencia que las “afecten” aun cuando la *práctica sea iniciada fuera de su territorio*, y también podrían aplicar sus normas a los nacionales y todas las personas que inicien actos *desde su territorio, pudiendo extender su ley, si no existe otro modo, a las restricciones de competencia prohibidas por el acuerdo e iniciadas desde su territorio*.

Si dos Estados resultaren teniendo jurisdicción, el proyecto de Código anti *trust* del Instituto Marx Planck pretendía la implementación de un principio de cortesía positiva en virtud del cual “cada parte intentará, en cualquier fase de aplicación de sus medidas de ejecución tener en cuenta los intereses esenciales de la otra parte”⁷. De esta manera “una parte cuyos intereses importantes se vean afectados por la otra parte podrá informar a esta última de la situación.”⁸.

Sin embargo se presenta otro interrogante a ser resuelto. ¿En qué momento de la conducta anticompetitiva puede un Estado considerar que su jurisdicción está suficientemente fundada para proceder a actuar?

Es decir, se debe proceder a identificar las diferentes etapas de una conducta que pueden o no fundamentar la jurisdicción de un Estado.

La teoría del efecto y las diferentes etapas de una conducta anticompetitiva

Partamos pues de una primera comparación en donde encontramos dos puntos fundamentales: las prácticas comerciales que tienen por objeto afectar la competencia y aquellas que de hecho la afectan.

7 Comisión de las Comunidades Europeas: Comunicación de la comisión al Consejo sobre la Cooperación con los Estados Unidos de América en cuanto a la aplicación de sus normas de competencia. Propuesta de decisión al Consejo por la que se concluye el acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia. Octubre 6 de 1994. Página 5.

8 Comisión de las Comunidades Europeas: *Op.cit.*, pág. 6.

Las conductas que tienen por objeto prevenir, restringir o falsear la competencia (sin efecto)

Surge entonces la siguiente pregunta ¿puede un Estado sustentar jurisdicción extraterritorialmente cuando aún no se ha ejecutado la conducta anticompetitiva pero ésta tiene *por objeto* afectar la competencia?

Goldman y Lyon - Caen establece que

“sin duda, en muchos casos, en el momento en que las autoridades comunitarias intervienen, el acuerdo no habrá producido todavía los resultados que las partes esperaban de él; pero, en este caso, para que sea aplicable el artículo 85, bastará con que sea razonablemente previsible un efecto anticompetitivo en el mercado Común”⁹.

Esto nos conduciría incluso al hecho de que un acuerdo ya formalizado pero aún no ejecutado, en el que intervienen diferentes empresas pudiera ser sustraído de la práctica por considerarse lesivo para la libre competencia aún antes de su ejecución. En tal caso, debe mediar certeza sobre la posibilidad de que se genere un resultado dañoso, es decir anticompetitivo, en la estructura competitiva del mercado del Estado que reclama jurisdicción. De otra manera se estarían extralimitando las autoridades comunitarias que se consideraran competentes para juzgar a las empresas establecidas en terceros países.

Valga aquí recordar la sentencia pasta de madera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la cual se adujo la no ejecución de una cláusula de prohibición de exportaciones y reventa a compradores como causal para la no aplicación de las normas del Tratado de Roma, a lo que el tribunal contestó que el hecho de que dicha cláusula no hubiera sido aplicada no era motivo suficiente para sustraerla de la aplicación del artículo 85.1 del TCEE.

Las conductas que tienen por efecto prevenir, restringir o falsear la competencia

Para muchos autores la producción del efecto es la que permite aplicar extraterritorialmente el derecho de la competencia, en tal sentido se

9 Goldman y Lyon - Caen Y.: *Op.cit.*, pág. 567.

expresan Goldman y Lyon - Caen al establecer que “se puede decir, que el Tratado de la CEE subordina la competencia a la existencia de un efecto anticompetitivo en el Mercado Común”¹⁰.

Valga matizar que es irrelevante para la aplicación extraterritorial de las normas de competencia que las empresas responsables se encuentren o no en el mercado que se ve afectado.

En este punto nos encontramos con una serie de subfases posibles en la realización de la conducta. ¿Cómo ha de producirse el efecto, es necesario que el acuerdo se celebre en el territorio del Estado miembro que reclama jurisdicción o que la conducta sea ejecutada en este? Es decir ¿cuáles han de ser los nexos entre el territorio comunitario y el efecto para poder proceder a la aplicación extraterritorial?

La celebración del acuerdo que produce efectos

¿Puede un acuerdo celebrado fuera del territorio del Estado que reclama jurisdicción ser objeto de aplicación de las normas de éste? La respuesta dada por la mayoría de los autores es afirmativa.

Al respecto Bellamy y Child consideran que

“...la comunidad (europea) tendrá jurisdicción, independientemente de la localización de los demandados, cuando la conducta en cuestión se ejecute en la comunidad, aunque el concierto de voluntades haya tenido lugar fuera de ella. Si la conducta no sólo se decide sino que se ejecuta fuera de la comunidad, ésta no tendrá jurisdicción”¹¹ (el paréntesis es nuestro).

La ejecución de la conducta que produce efectos

En este punto encontramos posiciones encontradas, en donde algunos reclaman la imperiosa necesidad de que la conducta se ejecute en la comunidad y otros autores consideran que esto no es necesario.

Recordemos a los recién citados Bellamy y Child, a cuyo parecer, la ejecución de la conducta y no sólo su efecto deben producirse en la comunidad. Sin embargo en muchas ocasiones el TJCE se ha declarado

10 *Ibíd.* ídem., pág. 565.

11 Bellamy y Child: derecho de la competencia en el mercado común. Pág. 160.

competente para conocer de acuerdos o prácticas que ejecutados fuera de la comunidad producen efectos en su interior.

Pellicer plantea una primera distinción a tener en cuenta: “por <<efecto>> no debe entenderse la ejecución del acuerdo, solamente. Ciertos efectos del acuerdo, de carácter puramente económico pueden entrar dentro del control del derecho comunitario. Para una tesis contraria, se define el efecto como algo estrechamente ligado a la ejecución misma del acuerdo. En definitiva, se trataría de dos tesis según una interpretación amplia o estricta de efecto”¹².

Para algunos

“Comportamiento es no sólo el acuerdo entre empresas sino su ejecución. Pero debe distinguirse la ejecución del acuerdo o del acto unilateral con los efectos de estas prácticas. Cuando estos efectos se producen dentro de la comunidad se podrían aplicar los artículos 85 y 86. *No se exige, por tanto, que el acuerdo sea ejecutado en la comunidad*”¹³ (la cursiva es nuestra).

En contraposición y como ya se dijo anteriormente, para algunos es necesario que la ejecución de la conducta se presente en el territorio del Estado que reclama jurisdicción.

En la Decisión Pasta de Madera¹⁴, mencionada anteriormente, que condujo a una sentencia¹⁵, dictada el 31 de marzo de 1993, la comisión basó su jurisdicción —aun cuando no existía filial o sucursal alguna en la CEE— en el hecho de que la práctica concertada había sido implementada dentro de la comunidad, siendo éste un requisito necesario y anexo al de la producción del efecto directo y sustancial en el comercio intracomunitario. Y entendió por implementación o ejecución del acuerdo dos posibilidades distintas: comerciar directamente en la comunidad o usar agentes u oficinas de venta dentro de ella¹⁶.

Esta decisión introdujo la idea de que la ejecución podía darse mediante el comercio directo en la comunidad. Así,

12 *Ibíd. ídem.*

13 *Ibíd. ídem.*

14 Decisión pasta de papel número 85/202/CEE de la comisión, de 19 de diciembre de 1984.

15 Sentencia pasta de papel de 31 de marzo de 1993. As 89/85; 104685; 114/85; 116-117/85; 125-129/85.

16 *Consúltese Lange, D.G.F. Y Sandage J.B.: The Wood Pulp Decision and its implications for the scope of EC competition law. En Common Market Law Review 26. (1989). Pág. 155.*

“el vínculo territorial establecido por la comisión provenía del hecho de que el comprador había pagado un precio fijado por una práctica concertada, haciéndose así presente en la comunidad, aun cuando la venta y todos los incidentes de la transacción habían sido llevados a cabo en el exterior”¹⁷.

Características del efecto: real o potencial, apreciable, ¿directo?

Se pretende despejar en este aparte la pregunta de cómo debe ser el efecto para que un Estado puede alegarlo como fundamento de su jurisdicción, *v.gr.* ¿puede un acuerdo de empresas con un mínimo de participación en el mercado relevante considerarse suficiente para reclamar jurisdicción?

Nuevamente es Pellicer quien llama nuestra atención sobre los puntos conceptuales estableciendo que “debe tenerse cuidado con la interpretación que se tiene de <<efecto>>, no podría entenderse que es efecto de un acuerdo cualquier repercusión económica, por remota que aquélla fuese”¹⁸.

En la sentencia ICI¹⁹ el abogado general Mayras estableció que el estudio del efecto en el mercado comunitario debía versar sobre si éste era directo, inmediato, razonablemente previsible y sustancial. Sin embargo, en este caso el TJCE evitando una clara aplicación extraterritorial tomó otra vía, fundando su jurisdicción en la existencia de filiales dentro de la comunidad.

En los *Estados Unidos*, donde se tenía como precedente el caso *Alcoa Standard*²⁰, “el Congreso llevó a cabo enmiendas de ciertos estatutos importantes en materia de antimonopolios para despojar a los tribunales Estadounidenses de la jurisdicción sobre casos que implicaran comercialización con naciones extranjeras salvo que pudiera ser demostrado que la práctica concertada tenía un *efecto directo, sustancial y razonablemente previsible* dentro del mercado interior de dicho país”²¹.

17 Lange y Sandage: *Op.cit.*, pág. 150.

18 Pellicer *Op.cit.*, pág. 106.

19 Imperial Chemical Industries Ltd. c. comisión. As. 48/69, 1972.

20 *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, 444 (2d. Cir. 1945. Criterio que en realidad fue poco moderado ya que no establecía la magnitud importancia o carácter del efecto en el mercado doméstico estadounidense

21 Lange y Sandage. *Op.cit.*, pág. 140.

La apreciabilidad del efecto

Para determinar la apreciabilidad del efecto es importante observar el resultado global, de esta manera, aun cuando la participación de una empresa de un país tercero no tenga un efecto notable, si la totalidad del acuerdo tiene un efecto que cumple esta característica la comunidad ha procedido ha aplicar extraterritorialmente las normas de competencia²².

Con un razonamiento *a contrario*, puede deducirse que "la falta de un efecto apreciable puede ser debido a la poca incidencia de las partes en el mercado o a otras razones"²³. Entonces, una vez se presenten estos casos el acuerdo no será susceptible de ser juzgado por las autoridades comunitarias.

El efecto directo

Esta característica aún se encuentra bastante controvertida. El punto fundamental es evitar la existencia de un hecho que rompa el nexo causal entre la conducta y el efecto anticompetitivo producido en el territorio del Estado que reclama jurisdicción.

En concepto de Goldman y Lyon - Caen y Lyon Caen

"la interposición de un hecho intermediario haría inaplicable el derecho de la competencia, y si estos hechos intermediarios se produjesen fuera del mercado común, el efecto sobre las relaciones internacionales sería indirecto"²⁴.

Para otros autores, como Bercovitz lo importante para determinar si existe o no posibilidad de aplicar extraterritorialmente el derecho co-

22 De esta forma en la Decisión Raymond y en la Campari, comentadas por Bellamy y Child "...los acuerdos tenían el efecto de prohibir a las empresas de países terceros exportar o reexportar los productos hacia la Comunidad. De los hechos del caso, la comisión dedujo que no era probable que se restringiera la competencia dentro del Mercado Común ya que por razones técnicas o económicas era difícil que las empresas situadas en los países terceros exportaran dicha mercancía a la Comunidad. Pero, por otra parte, incluso si la conducta de una parte de un acuerdo no tiene por sí misma un efecto apreciable en el comercio dentro de la Comunidad, la pequeña proporción de la participación de tal parte en el acuerdo no la exculpará si el efecto del acuerdo en su conjunto es apreciable".

23 *Ibíd.* *Idem* pág. 163.

24 Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, pág. 567.

munitario de la competencia depende de si los acuerdos modifican o no la estructura de la oferta comunitaria:

“...si las restricciones de la competencia que se producen en mercados extranjeros tienen una incidencia, aunque sea indirecta en la situación competitiva dentro de la comunidad, entonces serán aplicables las prohibiciones del tratado contenidas en los artículos 85 y 86”²⁵.

Sin embargo, según los criterios del abogado general Mayras, ya citados, el efecto debe ser directo e inmediato y no indirecto²⁶.

A su vez, la sentencia pasta de madera, ya mencionada²⁷ establece que

“un acuerdo para ser susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros, debe, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de derecho o de hecho, permitir considerar con un grado de probabilidad suficiente que puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial sobre las corrientes de intercambio entre los Estados miembros en el sentido de que puede dañar la realización de los objetivos de un mercado único entre los Estados”²⁸.

Sin embargo, no existe un claro conocimiento sobre en qué consistiría un efecto indirecto que pudiera dar a las autoridades de la competencia jurisdicción para conocer de los acuerdos que lo produjesen. Sin embargo, podría decirse que en principio esta idea estaría limitada por un mayor interés de otro Estado para conocer del asunto en donde el efecto fuera directo, siempre y cuando resulte suficientemente probada la afectación del comercio del Estado que reclama jurisdicción producida indirectamente por el acuerdo y un vínculo objetivo entre el acuerdo y tal efecto.

25 Bercovitz, A: normas sobre la competencia en el tratado de la CEE en el Tratado de Derecho Comunitario dirigido por Eduardo García de Enterría y otros. Vol. II. Págs. 340 y 344.

26 En opinión de Casanovas (*Op.cit.*, pág. 208) “... no puede oponerse ninguna reserva desde el punto de vista del derecho internacional si se trata de efectos directos. ... Pero (citando a Berthold Goldman y Lyon - Caen) este mero efecto económico —en definitiva un efecto indirecto— no podría suplir la ausencia de un efecto directo, o mejor, de un punto de conexión jurídico, que justificara, desde el ángulo del derecho internacional, la aplicación (extraterritorial) de la legislación...” (los paréntesis son nuestros).

27 Sentencia pasta de papel de 31 de marzo de 1993. As 89/85;104685; 114/85; 116-117/85; 125-129/85.

28 Sentencia pasta de papel. Marzo 31 de 1993. Fundamento 143.

LOS LÍMITES DE UNA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

¿Hasta dónde un Estado puede entrar a aplicar su derecho comunitario de la competencia? ¿donde se pueden encontrar los límites de esa aplicación?

Al respecto la mayoría de los autores que tratan el tema parten de una distinción clave: la diferencia entre la *jurisdictio* o competencia legislativa y el *imperium* o competencia de ejecución²⁹, siendo la primera, en relación con el derecho de la competencia, “la capacidad de dictar el derecho o capacidad normativa, basada en el fundamento de la localización del efecto restrictivo de la competencia” y el *imperium* “la capacidad de ejecución limitada al territorio del Estado”³⁰.

La competencia legislativa puede, en ocasiones hacerse extensible, como lo confirma la sentencia *Lotus* del Tribunal de Justicia Internacional, a hechos y actuaciones que se llevaron a cabo fuera de los límites territoriales, sin embargo —y este es un principio reconocido en el derecho internacional— la competencia de ejecución estaría sometida al territorio.

¿Qué consecuencias trae esta distinción? La respuesta la indican Goldman y Lyon - Caen: “la comisión (de las Comunidades Europeas) no podrá ordenar ninguna medida de ejecución fuera de su territorio sin atentar contra la soberanía de los demás Estados”³¹ (el paréntesis es nuestro).

De esta manera, continúan dichos autores, “¿frente a empresas extranjeras que violan el artículo 85 produciendo efectos en la CEE puede la comisión ordenar a esas empresas que pongan fin al acuerdo causante?”. La comisión puede apreciar la legalidad ya que el derecho comunitario es aplicable. Pero ¿y el *imperium*? Hay duda, la territorialidad absoluta

“sólo contempla medidas de coerción, pero en este caso la comisión manda, no coacciona. Salvo que se considere que la comisión se sale de la esfera de la *jurisdictio* cada vez que no se limita a comprobar sino a ordenar”³².

29 En los términos de Goldman y Lyon - Caen y Casanovas respectivamente.

30 Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, pág. 571.

31 *Ibidem* ídem.

32 “Sobre todo, será inútil buscar un principio que limitase el poder de mando de un Estado a su territorio. Esto no quiere decir que este poder sea ilimitado; pero será necesario buscar el

El Estado que reclama jurisdicción se verá limitado entonces, por los elementos de la soberanía del otro Estado donde pretende ejecutar su normatividad, puntos tales como su organización económica, la aceptación de monopolios estatales y el apoyo a éstos no podrán ser objeto de discusión por parte de sus autoridades, pero otros asuntos, que no forman parte de la soberanía de los otros Estados pero que sí afectan su estructura competitiva por incumplimiento de las normas de competencia sí podrán ser estudiados bajo el espectro de sus normas.

Este planteamiento nos lleva a una pregunta, que intentaremos resolver en el siguiente aparte: ¿cuáles son los poderes de las agencias de competencia de dicho Estado cuando se presenta un caso de aplicación extraterritorial del derecho comunitario?

Poderes de las agencias de competencia

Habría según Goldman y Lyon - Caen un principio para delimitar el poder de estas agencias: aquel que

“vincula al territorio la extensión del poder de coerción del Estado, y en este caso, por delegación de los Estados miembros de la comunidad. Este principio no altera, pues, su poder de mando; como mucho atenuará su eficacia. ...La comisión, tiene la facultad de ordenar las medidas necesarias para que desaparezca la infracción. Se puede, incluso, llegar a admitir que, en principio, tiene poder, o mejor que no hay ninguna norma que le prohíba solicitar a un Estado extranjero que establezca una sanción o le eche una mano para la ejecución de su orden”³³.

En todo momento resulte elemento clave el respeto por la soberanía del otro Estado, sin el cual tal aplicación extraterritorial violaría principios básicos del derecho internacional público, tales como el de no interferencia.

fundamento de estos límites y su alcance exacto. Es decir la necesidad de precisar mejor la distinción entre la *jurisdictio* y el *imperium* y remontarse a sus orígenes. Como aquella se vale de los principios del derecho internacional público, habrá que buscar por ahí las posibles restricciones al ejercicio por parte de la comisión de sus poderes con respecto a las empresas situadas fuera de la comunidad”.

33 Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, pág. 579.

De esta forma³⁴ las autoridades de competencia podrían entrar en concreto a realizar las siguientes actuaciones: solicitar pruebas amistosamente a sociedades fuera de su territorio específico, ejercer su poder sobre establecimientos ubicados en el interior de su territorio respectivo que dependan de grupos de origen extranjero, ya se trate de filiales o sucursales.

Respecto a las sanciones, “la facultad de imponerlas no tiene limitación territorial, lo que sí la tiene es la ejecución de ésta, que en cuanto a manifestación del poder de coerción deberá tener lugar en los Estados miembros”³⁵.

En respeto a la normatividad del Estado tercero los agentes de la agencia de competencia en cuestión encargados de verificar la violación de las normas de competencia no pueden realizar visitas fuera de su propio territorio, debido justamente a que la competencia de ejecución, antes mencionada es puramente territorial.

Para Goldman y Lyon - Caen³⁶ dirigir una petición de datos bajo amenaza de sanciones si no se cumplen, a una empresa exterior ya tiene otro contenido. La comisión deberá tener en cuenta los intereses legítimos del Estado en el que se encuentra la empresa destinataria y averiguar si el extranjero puede invocar un interés legítimo que merezca mayor protección que el interés perseguido por la comunidad.

“Esta solución por su flexibilidad e incertidumbre, presenta dos serios inconvenientes, ya que sólo permite afirmar que no estarían justificadas ni la prohibición de las peticiones de datos dirigidas a empresas exteriores ni la facultad ilimitada de recurrir a ellas”³⁷.

Los actos de notificación a estas empresas se llevan a cabo según la ley del lugar en donde están establecidas³⁸

34 Siguiendo a Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, págs. 572 y sigs.

35 Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, pág. 574.

36 Goldman y Lyon - Caen: *Op.cit.*, pág. 574.

37 *Ibidem idem* pág. 573.

38 Goldman y Lyon - Caen citando sentencia Geigy TJCE 14 1972 (Geigy, 52/69) Rec. 1972.787.

“...la notificación a la filial ubicada en el territorio de un Estado miembro vale para la sociedad matriz desde el momento en que la filial pertenece a la <<esfera interna>> de la sociedad matriz”³⁹.

“Con respecto al derecho internacional, sólo el conocimiento cierto y completo de una decisión constituye una exigencia que quedará satisfecha cuando, a través de un establecimiento en la comunidad, la empresa extranjera sea perfectamente informada. Por la misma razón la notificación directa al extranjero será regular, aun cuando la decisión comunicada impusiera una sanción a su destinatario”⁴⁰.

LA TEORÍA DEL EFECTO A *CONTRARIO SENSU*

Bástenos establecer en este aparte que así como la teoría del efecto exige su producción de efectos en el territorio del Estado que reclama jurisdicción, una vez dicho efecto no se produce al interior de dicho territorio el Estado en cuestión pierde toda posibilidad de alegarla.

Si las actuaciones de las empresas pertenecientes a algún Estado tienen en la realidad efectos *sólo* en el exterior del territorio del Estado que reclama jurisdicción, de conformidad con el criterio del efecto las autoridades deberán abstenerse de intervenir. Se descarta así el juego del derecho de ese país y entonces “...los comportamientos unilaterales o plurilaterales de las empresas (...) cuyos efectos se produzcan en el exterior no serán objeto de control, en virtud del derecho comunitario de la competencia”^{41 42}.

Sin embargo, esta posición europea contrasta con lo establecido en el proyecto de código anti *trust* del Instituto Marx Planck en virtud del cual los Estados podrían aplicar sus normas a los nacionales y todas las

39 Goldman y Lyon - Caen citando sentencia ICI TJCE 14 febrero 1972 (ICI, 48/69) Rec. 1972.619.

40 *Ibidem* ídem pág. 574.

41 Pellicer, R.: *Op.cit.*, pág. 104.

42 Confrontar decisión Cobelaz, DOCE, L 276/13/68, Decision DECA, DOCE, L. 173/2761/64, Donde Según Pellicer (pág. 104) “la comisión no prohibió un acuerdo, entre empresas europeas, sobre venta en común, puesto que se trataba de un acuerdo sobre exportación a terceros países. La segunda un grupo de empresas holandesas repartiéndose el mercado exterior. (pág. 104 pie de página).

personas que inicien actos *desde su territorio, pudiendo extender su ley, si no existe otro modo, a las restricciones de competencia prohibidas por el acuerdo e iniciadas desde su territorio*. Es incluso ésta la actitud que ha venido asumiendo Estados Unidos en sus diferentes relaciones comerciales.

Cabe entonces preguntarse cuál sería la normatividad que entraría a regular tales acuerdos, probablemente la del país o región en donde se produjeran los efectos comerciales de la restricción o falseamiento de la competencia, siguiendo la tendencia que impera hoy en el mundo.

POSIBILIDADES ABIERTAS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL EFECTO

Estados Unidos

La aplicación de la teoría del efecto data de 1912 con el caso Alcoa haciendo uso de la Ley Sherman que declara ilegal “todo contrato, combinación en forma de *trust* o de cualquier otra forma, o práctica colusoria, que restrinja el comercio o la industria entre los varios Estados, o con naciones extranjeras”⁴³. Se establece así su competencia para juzgar las prácticas violatorias de la libre competencia a nivel internacional.

Posteriormente la Ley Webb-Pomerene de 1918 cuyo objetivo era fomentar las exportaciones norteamericanas exime a éstas de las sanciones de la legislación anti *trust* salvo que dichas actividades reduzcan la competencia en el mercado interno estadounidense.

La Unión Europea

A su vez el artículo 85 numeral 1 del Tratado de Roma que dio origen a la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea en virtud del Tratado de Maastrich, establece como criterio para ser aplicado el hecho de que las prácticas comerciales restrictivas de la competencia en

43 Casanovas y La Rosa: Oriol: Los efectos extraterritoriales de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia. En *Revista de Derecho Mercantil*. N° 124, abril - junio 1972, pág. 197.

él descritos produzcan efectos en el comercio entre los Estados miembros.

Colombia

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia señala que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante *en los mercados nacionales*. Texto del cual podría considerarse aplicable la teoría del efecto por cuanto consagra la protección a la competencia en los mercados nacionales sin calificar cómo, ni en dónde ha de producirse la práctica restrictiva de la competencia.

POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El criterio del Efecto es objeto de críticas en el marco del derecho internacional público por sus implicaciones en principios de derecho internacional público como el de la no intervención. Por esta razón, el TJCE, una de las instancias que aplica las normas comunitarias de la competencia más allá de sus fronteras, da preeminencia a los factores territoriales, si los hay, y ha creado la teoría de la Unidad Económica según la cual aunque matriz y filial sean dos personas jurídicas distintas, si ésta última no tiene independencia económica, suficiente como para tomar decisiones autónomas, sus actos serán reputados a la matriz aún cuando sea una persona jurídica extranjera.

CUARTA VÍA DE SOLUCIÓN: REALIZACIÓN DE ACUERDOS BILATERALES PARA LA DEFINICIÓN DE NORMAS Y CRITERIOS APLICABLES EN MATERIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

La solución más importante, después del fracasado proyecto de código anti *trust* internacional, es la celebración de acuerdos de cooperación en materia de competencia donde los Estados acuerdan los lineamientos a

seguir en caso de un conflicto como el que se ha planteado a lo largo de este texto dentro de un marco de cortesía positiva con el objeto de evitar las dificultades y excesos que puede implicar una aplicación extraterritorial del derecho de la competencia.

Tal es el caso de la Unión Europea y los Estados Unidos que han celebrado un "Acuerdo relativo a la aplicación de sus normas de competencia"⁴⁴ en el cual se define como ámbito de aplicación las normas de los dos países buscando subsanar los desequilibrios propios de una diferencia de legislación, obligaciones de notificación, normas de cortesía positiva junto a una "definición de interés importante con el objeto de evitar que la aplicación extraterritorial de las normas de competencia afecte un objetivo manifiesto de la otra parte"⁴⁵.

También se regula, en el mencionado acuerdo, el tema de la confidencialidad que deberá ser tratada respetando las normas imperativas de cada territorio.

Quizás sea ésta la vía, como segunda opción frente a un ordenamiento internacional de competencia, para conseguir una adecuada y no violenta implementación de las normas de competencia nacionales a empresas que realizan conductas que afectan la estructura competitiva del Estado interesado.

PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS A NIVEL INTERNACIONAL

1. Planteamiento del problema: distinción con prácticas de competencia desleal.
2. Hipótesis ventiladas.
 - 2.1. Proyecto de código anti *trust*.
 - 2.2. Prácticas comerciales restrictivas como restricciones cuantitativas.

44 Comisión de las Comunidades Europeas: comunicación de la comisión al Consejo sobre la cooperación con los Estados Unidos de América en cuanto a la aplicación de sus normas de competencia. Propuesta de Decisión al Consejo por la que se concluye el acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia. Octubre 6 de 1994.

45 *Ibidem* pág. 6.

2.3. Aplicación extraterritorial del derecho comunitario de la competencia

1. Sentencia Lotus
2. Matiz respecto de bloques de integración regional (como un solo territorio).
3. La teoría del efecto como elemento de conexión.
 - 3.1. Concepto y méritos.
 - 3.2. Antecedentes.
 - Ley Sherman
 - Ley Webb Pomerene (ref. proy. GATT)
4. Posición TJCE.
5. Posibilidades abiertas.
 - Ley Sherman
 - Artículo 85 TCEE
 - Artículo 333 C.P.
6. *Iter Criminis*
 - Objeto - efecto
 - Celebración - ejecución
7. Características del efecto
8. La teoría del efecto hacia fuera.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES¹

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que las telecomunicaciones juegan un papel fundamental en el desarrollo de la humanidad, lo cual se hace palpable al observar fenómenos tales como las superautopistas de información, el correo electrónico, la telefonía inalámbrica, el desarrollo de las comunicaciones satelitales, la digitalización de las telecomunicaciones, la integración de los servicios, las posibilidades de la fibra óptica, etc.

La anterior afirmación es perfectamente aplicable a un país como Colombia, que ha entrado en una etapa de evolución acelerada en esta materia, la cual se encuentra íntimamente ligada al proceso de apertura económica que se inició con el gobierno del presidente Barco.

Esta acelerada evolución tecnológica que ya le ha empezado a ofrecer a los colombianos novedosos servicios tales como la telefonía móvil celular, se está desarrollando dentro del marco jurídico de la libre competencia, cuya consideración resulta obligatoria a la luz de la Constitución Política de 1991, que le imprime especiales características jurídicas y económicas.

1 Ponencia presentada dentro del marco del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—.

2 Abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de Los Andes. *Master* en derecho económico comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidades Javeriana y de los Andes. Consultor privado.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta oportuno avocar el presente estudio, cuya elaboración se decidió dentro del marco del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia —CEDEC—, con sede en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

El presente documento pretende ofrecer una somera descripción de la estructura jurídica del sector de las telecomunicaciones, y analizar las principales normas sobre competencia especiales para dicho sector.

2. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debido a su importancia estratégica para la economía y el desarrollo del país, la Constitución Política de 1991 hace importantes referencias al sector de las telecomunicaciones en sus artículos 75 a 77, de las cuales la más importante es la que se refiere a la naturaleza jurídica del espectro electromagnético³ y a la necesidad de garantizar la libre competencia en su utilización (art. 75 C.P.). Los artículos 76 y 77 de la C.P., se refieren a la intervención estatal sobre la utilización del espectro electromagnético para los servicios de televisión, aspecto sobre el cual no recaerá este documento.

Los constituyentes de 1991 introdujeron en la Carta Fundamental los criterios adoptados desde la Ley 72 de 1989, los cuales plasmaron de manera expresa en el artículo 75 de la Constitución Política:

«Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. *Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.*

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. (Las cursivas son mías).

El artículo referido se produjo como resultado del proyecto presentado por la doctora María Teresa Garcés Lloreda, el cual fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el día 18 de junio de 1991, y cuyo articulado disponía:

3 Se entiende que el espectro electromagnético comprende tanto el espectro radioeléctrico, como los demás medios físicos utilizados para la transmisión de datos y mensajes, tales como los cables o ductos de cualquier tipo.

«Artículo 2. El Estado tiene la propiedad exclusiva e imprescriptible del espectro electromagnético, pero podrá permitir su explotación a los particulares por medio de concesión, bajo su control y respetando la finalidad de elevar el nivel cultural y la salud de la población, preservar y enaltecer las tradiciones nacionales, favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional».

«Artículo 3. El legislador expedirá normas tendientes a garantizar la libre competencia de los medios de comunicación, en los cuales se prohíben los monopolios.» (Las cursivas son mías).

De esta forma se expidió por primera vez una norma constitucional sobre el espectro electromagnético, se sentaron las bases jurídicas para la reglamentación de un sector expuesto a continuas innovaciones tecnológicas, que no cuenta con un marco jurídico lo suficientemente flexible y comprensivo de los nuevos fenómenos de telecomunicaciones y sus repercusiones para la vida del país.

Igualmente cabe resaltar la importancia que reviste la consideración del espectro electromagnético como bien público. Para ello es necesario considerar lo prescrito por el Código Civil, respecto de los bienes de la unión:

«Artículo 674. Se llaman bienes de la unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales».

La diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales, tal como se deduce del texto anteriormente citado, radica en su forma de utilización. Así pues, los bienes de uso público son aquellos que pertenecen al Estado en virtud de una potestad jurídica y económica, pero que no los utiliza en provecho propio, dejándolos así a disposición de los ciudadanos. Los bienes fiscales por el contrario, son aquellos que pertenecen al Estado, y no se encuentran al libre servicio de la comunidad.

En este punto debe preguntarse a qué clase de bien público inalienable e imprescriptible pertenece el espectro electromagnético, de conformidad con el artículo 75 de la Constitución Política.

De acuerdo con lo establecido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de septiembre de 1994⁴, el espectro electromagnético es un bien público, hace parte del territorio del Estado y por lo tanto no es susceptible de apropiación. Este bien puede ser utilizado por los particulares para el desarrollo de actividades productivas, evento en el cual para acceder a dicha utilización se requiere la autorización del Estado, la cual debe ser otorgada de acuerdo a los términos establecidos en el ordenamiento correspondiente.

Con base en la expresión «*igualdad de oportunidades en el acceso al uso*» prevista en el artículo 75 de la Constitución Política, se concluye que el constituyente quiso hacer del espectro electromagnético un bien público fiscal, ya que con dicha expresión se refleja de manera clara el deseo de permitir la concurrencia de operadores estatales y particulares para llevar a cabo la prestación de servicios derivados del uso del espectro electromagnético.

Vale la pena en este punto, resaltar la diferencia en la terminología que en materia de competencia existe, entre el artículo antes citado y el artículo 333 de la Constitución Política, en el cual quedó plasmado el derecho a la libre competencia económica.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política establece que

«El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional».

De otra parte, y como ya se vio, el artículo 75 de la Constitución Política habla de «...evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético».

Como ya lo había mencionado en otro documento⁵, resulta mucho más adecuado, y acorde con la evolución del derecho antimonopolístico

4 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 15 de septiembre de 1994. Magistrado ponente: Jaime Abella Zárate.

5 Al respecto puede verse el estudio sobre los antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política que se expone en mi artículo titulado «El abuso de la posición dominante: perspectivas de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado». revista *Universitas* N° 85. Noviembre 1993, págs 151-193.

en el mundo, referirse al «*abuso de la posición dominante*», que a «*las prácticas monopolísticas*».

3. MARCO JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El marco jurídico actual de las telecomunicaciones en Colombia tiene su fundamento principal en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Política, los cuales establecen lo siguiente:

“**Artículo 75.** El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

“**Artículo 76.** La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior”.

“**Artículo 77.** La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán período fijo. El gobierno nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad”.

“Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN”.

Desde el punto de vista del desarrollo legal, el sector de las telecomunicaciones está sometido a dos regímenes diversos, que en cuanto al tema de la libre competencia implican la aplicación de principios y autoridades diferentes, con la consiguiente problemática que ya ha sido anotada para el desarrollo coherente y armónico del derecho de la competencia⁶.

De una parte se aplica el régimen general de las telecomunicaciones contenido en la Ley 72 de diciembre 20 de 1989, por medio de la cual se definieron nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones, sobre el régimen de concesión de los servicios en dicha área y se le confirieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para reglamentar la materia, lo cual hizo mediante la expedición de los Decretos Legislativos 1900 y 1901 de 1990, así como mediante la expedición de otras normas que reglamentan el sector, tales como la Ley 37 de 1993 sobre telefonía móvil celular y su decreto reglamentario, el decreto sobre servicios de valor agregado, etc. Estos servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, se rigen por las normas generales sobre libre competencia, contenidas en la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y normas concordantes.

De otra parte, se aplica a los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, el régimen legal especial de la Ley 142 de 1994, reformada por la Ley 286 de 1996, que estableció las reglas aplicables a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias y/o conexas de conformidad con la ley, e incluye un régimen de libre competencia aplicable a estos servicios.

En este sentido el artículo 1º de la Ley 142 de 1994 dice lo siguiente:

“Artículo 1. *Ámbito de aplicación de la ley.* Esta ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente ley, y a

6 En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo «Presente y futuro del derecho de la competencia en Colombia». *Revista de Derecho* N° 3. Universidad del Norte. Barranquilla 1994. Págs. 80 y 81.

las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley”.

3.1. ESTRUCTURA DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

La estructura del sector de las telecomunicaciones fue establecida en gran parte por el decreto 1901 de 1990 por medio del cual el Presidente de la República, actuando en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 14 de la Ley 72 de 1989, determinó la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones y fijó las funciones de sus distintas dependencias.

El Capítulo I del mencionado decreto extraordinario 1901 de 1990, determina como ya se dijo, la estructura del sector de las telecomunicaciones como sector económico de la nación, que está compuesto por las siguientes personas o entidades:

3.1.1. *El Ministerio de Comunicaciones*

El Ministerio de Comunicaciones es el ente rector del sector de comunicaciones y le corresponde a través del ministro formular y adoptar la política general del sector.

Además de las funciones que le competen al Ministerio, en su calidad de organismo integrante de la Administración Nacional, el Ministerio de Comunicaciones ejerce las siguientes funciones principales:

- Establecer las normas administrativas y técnicas, así como los planes y las políticas del sector (art. 3° Nums. 2, 3, 9, 12, 23, 24 y 25 del decreto 1901 de 1990; en concordancia con el artículo 1°, Nums 1 y 13 del decreto 2122 de 1992).
- Ejercer la inspección y vigilancia sobre las entidades que actúan en el sector, e imponer las sanciones correspondientes por la violación de las normas. (Art. 3° Nums. 5, 6, 7, 8, 18 y 20 del decreto 1901 de 1990; en concordancia con el artículo 1°, Nums. 5, 6 y 7 del decreto 2122 de 1992).

- Dar en concesión los servicios públicos de telecomunicaciones, a través de contratos o licencias, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley 72 de 1989. (Art. 3° Num. 14 del decreto 1901 de 1990; en concordancia con el artículo 1°, Nums. 3, 8, 17, 18, 19 20, 21 y 22⁷ del decreto 2122 de 1992).

El decreto 1901 de 1990, además de determinar las funciones de sus dependencias, regula algunos entes como los siguientes:

- El Fondo de Comunicaciones: El objetivo del fondo es el financiamiento de programas del ministerio y el incremento de su capacidad operativa y técnica, para ello cuenta con patrimonio propio y personería jurídica. Los recursos del fondo, están conformados por los recursos causados por concepto de concesiones, compensaciones, expedición de licencias, otorgamiento de permisos y de autorizaciones, derechos por registros, venta de pliegos de condiciones, multas impuestas por el ministerio, aportes del presupuesto nacional y todas las demás que obtenga el ministerio fuera de los recursos asignados en el presupuesto nacional.
- El Consejo Nacional de Telecomunicaciones: Este ente, tiene como función principal la de asesorar al ministro de Comunicaciones en diferentes temas relacionados con la política general de telecomunicaciones. Está conformado por el ministro, el jefe del Departamento Nacional de Planeación, dos representantes del Presidente de la República y el presidente de TELECOM.

3.1.2. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

Creada por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994⁸, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es una unidad administrativa espe-

7 El numeral 22 del decreto 2.122 de 1992, dice lo siguiente:

Artículo 1° Funciones.- además de las funciones asignadas en los decretos 1900 y 1901 de 1990, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones:

«...»

22. Otorgar de conformidad con la Ley concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular».

8 La Comisión creada por medio de la Ley 142 de 1994, eliminó la que se había creado con anterioridad por medio del decreto 2122 de 1992. La mencionada ley, creó también la

cial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial adscrita al Ministerio de Comunicaciones, que tiene entre sus funciones, además de la protección de la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones, las siguientes⁹:

- Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; asimismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley.
- Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión.
- Definir, de acuerdo con el tráfico cursado, el factor de las tarifas de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, actualmente vigentes, que no corresponde al valor de la prestación del servicio. Parte del producto de ese factor, en los recaudos que se hagan, se asignará en el presupuesto nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, para el “Fondo de Comunicaciones del Ministerio”, que tendrá a su cargo hacer inversión por medio del fomento de programas de telefonía social, dirigidos a las zonas rurales y urbanas caracterizadas por la existencia de usuarios con altos índices de necesidades básicas insatisfechas. Se aplicarán a este

Comisión de Regulación de Energía y Gas (GREG), la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRAP) y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

9 Vale la pena comentar que la creación de esta Unidad Administrativa Especial con facultades para prevenir las prácticas restrictivas de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, introdujo una excepción más dentro del manejo del derecho antimonopolístico en Colombia, el cual en la actualidad se encuentra asignado al conocimiento de tres superintendencias, de las cuales la más importante para estos efectos es la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene a su cargo la aplicación general de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia contenidas en la Ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992.

fondo, en lo pertinente, las demás normas sobre “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” a los que se refiere el artículo 90 de esta ley. En el servicio de larga distancia internacional no se aplicará el factor de que trata el artículo 80 y los subsidios que se otorguen serán financiados con recursos de ingresos ordinarios de la nación y las entidades territoriales.

- Proponer al mismo consejo la distribución de los ingresos de las tarifas de concesiones de servicio de telefonía móvil celular y de servicios de larga distancia nacional e internacional, para que éste determine en el proyecto de presupuesto qué parte se asignará al fondo atrás mencionado y qué parte ingresará como recursos ordinarios de la nación y definir el alcance de los programas de telefonía social que elabore el Fondo de Comunicaciones¹⁰.

La comisión en ejercicio de sus funciones, ha expedido varias resoluciones de gran importancia para el desarrollo del sector de las telecomunicaciones. Entre las resoluciones más importantes se encuentran, además de las que se mencionan más adelante, las siguientes:

- Resolución N° 028 de 1995, por medio de la cual se reglamentó la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido y se señalaron las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, así como los requisitos generales para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado.
- Resolución N° 034 de 1996, por medio de la cual se fijaron los cargos de acceso y uso de las redes de telefonía pública conmutada local por parte de los operadores del servicio de larga distancia nacional e internacional y el régimen tarifario del servicio de larga distancia nacional e internacional.
- Resolución N° 035 de 1996, por medio de la cual se establecieron las normas para el acceso y uso de las redes de telecomunicacio-

10 Artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

nes del Estado y la interconexión a las mismas para las empresas de servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones.

- Resolución N° 036 de 1996, por medio de la cual se estableció el régimen de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones y de protección de los derechos de los usuarios.

Resulta de gran importancia señalar que varias de las resoluciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones han sido demandadas ante el Consejo de Estado debido a que se ha considerado que violan el artículo 10° de la Ley 142 de 1994, el cual consagra el derecho a todas las personas a prestar los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones.

3.1.3. *Comisión Nacional de Televisión*

La intervención del Estado en el uso del espectro electromagnético en los servicios de televisión, está a cargo del Consejo Nacional de Televisión, organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, y sujeto a un régimen legal propio.

La creación de este organismo fue ordenada por la Constitución Política de 1991 en los artículos 76 y 77. Entre las funciones del mismo se encuentran las siguientes, de conformidad con la Ley 182 de 1995:

- Dirigir la política de televisión.
- Regular los servicios de televisión.
- Desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado.
- Intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro utilizado para la prestación del servicio con el fin de garantizar: a) el pluralismo informativo; b) la libre competencia; c) la eficiencia en la prestación del servicio y d) evitar las prácticas monopolísticas señaladas en la Constitución y la ley.

3.1.4. Otras entidades que conforman el sector de las telecomunicaciones¹¹

3.1.4.1. ADPOSTAL

La Administración Postal Nacional es un Establecimiento Público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, adscrito al Ministerio de Comunicaciones. Tiene a su cargo la administración de los servicios de correos en nuestro país y la explotación del monopolio postal que establece la ley.

3.1.4.2. CAPRECOM

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, adscrito al Ministerio de Comunicaciones. Tiene a su cargo la atención de las prestaciones sociales de los trabajadores y empleados de las instituciones públicas pertenecientes al sector de las telecomunicaciones.

3.1.4.3. TELECOM

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, adscrita al Ministerio de Comunicaciones. TELECOM fue recientemente reestructurada con base en las facultades del artículo 20 Transitorio de la Constitución, por medio del decreto 2123 de 1992, y presta los servicios de telefonía básica, nacional e internacional.

11 La Compañía de Fomento Cinematográfico —FOCINE—, tenía a su cargo la promoción del séptimo arte en Colombia. Fue eliminada en 1992, como consecuencia del proceso de modernización del Estado.

3.1.4.4. INRAVISIÓN

El Instituto Nacional de Radio y Televisión, es un Establecimiento Público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio de Comunicaciones. INRAVISIÓN ejerce la intervención estatal en los servicios de radio y televisión y los presta también.

3.1.4.5. AUDIOVISUALES

Es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones y dedicada a la programación de televisión.

3.1.4.6. CONCESIONARIOS PRIVADOS

Forman parte del sector de las telecomunicaciones todas las personas naturales o jurídicas que presten legalmente este tipo de servicios, en virtud de autorización o concesión.

3.2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE TELECOMUNICACIONES

Como ya se dijo, la Ley 72 de 1989, reglamentada por el decreto 1900 de 1990, estableció el marco jurídico general para la prestación de los servicios de telecomunicaciones en Colombia y definió los siguientes principios:

3.2.1. Intervención estatal

El artículo 1° de la Ley 72 de 1989 radica en el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones la capacidad para adoptar la política general del país en materia de comunicaciones, y le confiere las funciones de planeación, y control correspondientes a dichos sectores.

3.2.2. Concepto de telecomunicaciones

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 72 de 1989 se entiende por telecomunicaciones «...toda trasmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos.» Asimismo, el artículo 3º de la ley establece el objetivo de las telecomunicaciones, las cuales deberán propender por el desarrollo económico, social y político del país con la finalidad de nivel y la calidad de vida de sus habitantes.

3.2.3. Reserva estatal

El artículo 4º de la Ley 72 de 1989 establece la propiedad exclusiva del Estado sobre «los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones.»

3.2.4. Servicio público

El artículo 5º de la Ley 72 de 1989 define las telecomunicaciones como un servicio público a cargo del Estado, el cual puede prestarlo directamente o por medio de concesiones, las cuales puede otorgar a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose siempre el control y la vigilancia sobre la actividad.

La Ley 142 de 1994, por medio del artículo 1º clasificó dentro de los servicios públicos domiciliarios los de telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural y concedió por medio del artículo 10 la posibilidad de organizar y operar empresas prestadoras de los mismos a “todas las personas”.

3.2.5. Onerosidad

El otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, dará lugar al pago de los derechos tasas o tarifas

que fije el Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 72 de 1989.

3.2.6. Libre competencia

Como ya se indicó, la Constitución Política hace referencia expresa al tema de la libre competencia en el uso del espectro electromagnético. Adicionalmente el decreto 1900 establece en sus artículos 6, 13, y 47 el derecho a la competencia como base fundamental para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, garantizando su cumplimiento a través de las sanciones que serán impuestas en caso de incurrir en uno de los actos previstos en el artículo 52 del mismo ordenamiento, los cuales se consideran violatorios del mencionado derecho.

3.3. REGLAMENTACIÓN GENERAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 14 de la Ley 72 de 1989, expidió el decreto número 1900 de 1990, por medio del cual expidió el estatuto general de las telecomunicaciones. En efecto el artículo 1° del mencionado decreto establece que la norma *«tiene como objeto el ordenamiento general de las telecomunicaciones y de las potestades del Estado en relación con su planeación regulación y control así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios.»*

Además de ratificar y desarrollar los principios generales contenidos en la ley 72 de 1989, el decreto Ley 1900 de 1990 contiene los siguientes aspectos importantes:

3.3.1. Prestación de los servicios

Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, el cual lo presta a través de entidades públicas del orden nacional o territorial, en forma directa, o indirecta mediante concesión. (art. 4°). Debe observarse que aunque la Ley 72 de 1989 estableció la reserva del Estado sobre las telecomunicaciones, el decreto 1900 de 1990, recono-

ce y respeta la prestación de servicios de comunicaciones que venían haciendo las entidades territoriales.

En este sentido hace claridad el Capítulo 2° del Título III del decreto, el cual reitera que los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados por las entidades territoriales; y va más allá al requerir que la nación o las entidades descentralizadas del orden nacional, pidan autorización a la entidad respectiva, cuando pretendan prestar servicios de telecomunicaciones en el ámbito departamental, distrital o municipal (artículo 34).

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 36 del decreto 1900 de 1990, el cual establece textualmente lo siguiente:

«Artículo 36. Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones».

3.3.2. *Garantía estatal en la prestación de los servicios de telecomunicaciones*

El Estado colombiano garantiza expresamente que en la prestación de los servicios de telecomunicaciones se respetarán los siguientes derechos:

3.3.2.1. *Pluralismo*

El Estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la presentación de opiniones. De aquí se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones (artículo 6°).

3.3.2.2. *Rectificación*

El Estado garantiza el derecho de las personas a rectificar las informaciones inexactas que se transmitan a través de los servicios de telecomunicaciones (artículo 7°).

3.3.2.3. Intimidad

El Estado garantiza el derecho a la intimidad personal y el secreto en las telecomunicaciones, de conformidad con la Constitución y la ley. (artículos 8° y 9°).

3.3.2.4. Colaboración con las autoridades y difusión de programas sociales

Los operadores de servicios de telecomunicaciones tienen el deber de cooperar con las autoridades en la transmisión de los mensajes que sean necesarios en caso de emergencia o calamidad (artículo 10). Asimismo el Ministerio de Comunicaciones dispondrá de espacios para la transmisión de contenido social.

3.3.3. Clasificación de los servicios de telecomunicaciones

En virtud de la Ley 72 de 1989 y del decreto 1900 de 1990, los servicios en los cuales se divide de forma horizontal el sector de las telecomunicaciones son los siguientes:

- Los servicios básicos de telecomunicaciones, que comprenden los servicios portadores y los teleservicios¹².

Los servicios portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones.¹³

Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal¹⁴.

12 Artículo 28 del decreto 1900 de 1990.

13 Recientemente el gobierno expidió el decreto N° 1119, por medio del cual se reglamentó el servicio portador.

14 El teleservicio de telefonía fija y móvil celular, se encuentra reglamentado, entre otros, por la Ley 37 de 1993 y el decreto 741/1993. El gobierno expidió el decreto 2343 del 26 de diciembre de 1996, por medio del cual se reglamentan las actividades de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (*Trunking*).

- Los servicios telemáticos son aquellos que utilizan como soporte los servicios básicos para permitir el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos¹⁵.
- Los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado son los que utilizando los servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de éstos, proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones¹⁶.
- Los servicios de difusión, que son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea¹⁷.
- Los servicios auxiliares de ayuda son los que están vinculados a otros servicios públicos, y cuyo objetivo es la seguridad de la vida humana, ayuda a la meteorología y a la navegación aérea o marítima¹⁸.
- Los servicios especiales son los que tienen por objeto satisfacer, sin ánimo de lucro, necesidades de carácter cultural o científico¹⁹.

A su vez, algunos de los mencionados servicios se subclasifican, como en el caso del servicio de difusión de televisión, el cual se clasifica teniendo los siguientes criterios:

- a) la tecnología de transmisión utilizada,
- b) los usuarios del servicio,
- c) la orientación de la programación y
- d) los niveles de cubrimiento del servicio.

15 Artículo 30 del decreto 1900 de 1990.

16 Artículo 31 del decreto 1900 de 1990.

17 Artículo 29 del decreto 1900 de 1990.

18 Artículo 32 del decreto 1900 de 1990.

19 Artículo 33 del decreto 1900 de 1990.

En la práctica, la división entre los servicios establece un rezago permanente de la legislación frente a los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones, razón por la cual pienso que se deberían regular los servicios de telecomunicaciones de manera universal.

3.4. LA RESERVA DEL SERVICIO TELEFÓNICO EN FAVOR DEL ESTADO

Ya desde antes de la Constitución de 1886 el Estado colombiano había regulado las primeras manifestaciones tecnológicas de las telecomunicaciones, dándole un papel primordial al Estado, pero no la explotación exclusiva de la actividad, permitiendo la participación de los particulares con el objeto de incentivar la incorporación de la nueva tecnología en el país²⁰.

La política actual del Estado colombiano, en el sentido de establecer un monopolio estatal en materia de telecomunicaciones, comenzó a regir con la expedición del nuevo Código Fiscal, Ley 110 de 1912, que en sus artículos 137 y 138 establece lo siguiente:

«Artículo 137. El Estado presta el servicio de correos y telégrafos en el territorio nacional.

El primero de tales servicios puede prestarse también libremente por los departamentos, los municipios y los particulares.

El segundo sólo puede prestarse por el *Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento, en nombre de aquél, o que obtengan o hayan obtenido del gobierno el respectivo permiso*». (Las cursivas son más).

«Artículo 138. «La disposición contenida en el inciso tercero del artículo anterior se aplica al servicio de comunicaciones telefónicas inalámbricas u otras análogas establecidas o que se establezcan». (Las cursivas son más).

Las normas anteriores nos indican claramente que el Estado colombiano ejercía un monopolio legal sobre el «servicio de comunicaciones telefónicas inalámbricas u otras análogas», sin que a la prestación de

20 Al respecto puede verse el artículo 1º del decreto N° 165 de 1876.

este servicio se le pueda extender la excepción consagrada para los correos por el inciso segundo del artículo 137 antes citado.

El sentido y alcance de estos artículos del Código Fiscal, fueron aclarados posteriormente por el artículo 1º de la Ley 198 de 1936 que establece lo siguiente:

«Artículo 1º. *Los servicios de telecomunicaciones sólo pueden prestarse por el Estado o por las personas naturales o jurídicas con las cuales se haya contratado o se contrate su establecimiento en nombre de aquél, o que obtengan o hayan obtenido del gobierno el respectivo permiso.* Por telecomunicaciones se entiende toda transmisión o recepción de signos, de señales de escritos, de imágenes y de sonidos de toda naturaleza, por hilos conductores, radio y otros sistemas o procedimientos de señales eléctricas, o visuales. Quedan así aclarados los artículos 137 y 138 del Código Fiscal». (Las cursivas son mías).

Posteriormente, se estableció por medio del artículo 1º de la Ley 41 de 1921, el artículo 5º de la Ley 56 de 1922 y el artículo 4º de la Ley 198 de 1936, que el monopolio de la telefonía, deberá respetar los derechos que los departamentos tengan sobre el servicio telefónico por alambre y se permitió a los municipios prestar ese mismo servicio telefónico dentro de su jurisdicción. Estos artículos dicen lo siguiente:

«Artículo 1º L. 41/21. *Facúltase a los departamentos para establecer el servicio telefónico entre los distintos municipios de su jurisdicción*». (Las cursivas son mías).

«Artículo 5º L. 56/22. *La facultad concedida en el artículo 1º de la Ley 41 de 1921 a los departamentos, se entiende que ha sido de manera especial para que éstos fomenten y conserven la unidad del servicio telefónico dentro de su jurisdicción, con la creación de grandes plantas que lo permitan a largas distancias y no desagregándolo*». (Las cursivas son mías).

«Artículo 4º L. 198/36.- *Se declaran vigentes los derechos que tienen los departamentos para establecer servicios telefónicos por alambre, de acuerdo con las Leyes 41 de 1921 y 56 de 1922. Los municipios pueden, con aprobación del gobierno nacional, establecer los mismos servicios telefónicos dentro de su jurisdicción y otorgar concesiones o permisos para la instalación de plantas telefónicas locales*». (Las cursivas son mías).

De la lectura de los artículos 137 y 138 del Código Fiscal de 1912, así como de la interpretación por vía de autoridad que las normas posteriores hicieron de los conceptos contenidos en estos artículos, claramente se deduce que el monopolio establecido en favor del Estado abarcaba todos los sistemas de telefonía inalámbrica y todos los sistemas análogos, establecidos o que se establecieran; con lo cual se incluyó dentro del monopolio estatal, la tecnología móvil celular que ahora se encuentra incorporada en nuestro país.

Como se observa, el legislador decidió conceder el monopolio de las comunicaciones al Estado, incluyendo la tecnología actual y la futura, y excluyendo únicamente los derechos de los departamentos y municipios en relación con la telefonía por alambres.

Vale la pena destacar que la única excepción al régimen general que establece el monopolio estatal de la telefonía, es decir, «el servicio telefónico por alambre», fue expresamente establecida por el legislador con el objeto de respetar los derechos adquiridos con justo título por las entidades territoriales que estaban prestando este tipo de servicio. De esta manera el legislador logró la aplicación inmediata de la ley que estableció el monopolio, sin necesidad de esperar a que se llevara a cabo la plena indemnización de los departamentos y municipios que en virtud de esta norma, hubieran quedado imposibilitados para prestar el servicio de telefonía en forma lícita.

4. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS TELECOMUNICACIONES

La inclusión de normas sobre libre competencia en telecomunicaciones se inició con el decreto Ley 1900 de 1990, pero se ha acentuado notablemente la legislación como consecuencia de la expedición de la Constitución Política de 1991.

La verdad es que la reglamentación de la libre competencia se hace aún más importante en materia de telecomunicaciones, si se tiene en cuenta que tanto la utilización del espectro electromagnético, como la prestación de los servicios de telecomunicaciones puede recaer en personas o empresas del sector privado, por medio de concesiones o licencias, en los términos que establecen los artículos 33 a 38 de la Ley 80 de 1993.

Las principales normas que hacen referencia al tema de la libre competencia en el Sector de las telecomunicaciones, son las siguientes:

4.1. ASPECTOS GENERALES

4.1.1. Vigencia, derogatoria y aplicación de normas

Debido a la proliferación normativa que se ha producido, resulta importante en este punto señalar cuáles normas de la Ley 72 de 1989, y los decretos 1900 de 1990 y 2122 de 1992 quedaron derogadas con la expedición de la Ley 142 de 1994. Para el efecto, se hace necesario acudir a las normas que sobre el tratamiento de las leyes en el tiempo se establecen en las Leyes 57 de 1887 y 153 del mismo año.

En relación con este aspecto el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 dice así:

«Artículo 5° Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella».

«Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

«1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general»;

2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición contenida en artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.» (Las cursivas son más).

Es necesario aclarar que las reglas establecidas en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887 se aplican en los eventos de normas expedidas o puestas en vigencia simultáneamente. Ello resulta claro no sólo de lo establecido en el inciso segundo de dicho artículo, sino también por el hecho de que a través de dicha ley se adoptaron de manera simultánea todos los

Códigos de la Unión. Así lo explica el profesor Gabino Pinzón en su obra *Introducción al derecho comercial*:

«En esta forma se ha reafirmado, hasta cierto punto, lo previsto en los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887, todavía vigente como la mejor de las leyes que se han expedido en el país, tanto por su forma como por su contenido. Porque en dicha ley se consagraron normas muy claras y suficientes para resolver los conflictos de leyes en el tiempo, es decir, para establecer con facilidad «el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo» de que se habla en el artículo 1º, como para determinar su gran diferencia con la Ley 57 del mismo año, cuyo artículo 5º tiene por fin la solución de conflictos entre disposiciones legales expedidas o puestas en vigencia simultáneamente»:(Las cursivas son mías)²¹.

A este respecto, las disposiciones consagradas en la Ley 153 de 1887 dicen lo siguiente:

«Artículo 1º Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra una oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes»:

«Artículo 2º La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior».

«Artículo 3º Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia».

La sección Segunda del Consejo de Estado, después de transcribir las anteriores normas, realizó la siguiente interpretación: «Las siguientes reglas están implícitas o explícitas en las normas antes transcritas:

«1. La disposición especial prevalece sobre la general.

2. Si ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, prefiere la posterior.

21 Pinzón Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Editorial Temis S.A., pág. 50.

3. Una disposición se estima insubsistente si es incompatible con disposiciones especiales posteriores»²².

Además, la Ley 153 de 1887 prevé que una norma podrá ser derogada tácitamente por otra posterior, cuando la segunda regule de manera íntegra una materia.

Por lo tanto solamente cuando una ley regule íntegramente la materia o las normas generales resulten incompatibles con otras de carácter especial, se puede hablar de derogatoria tácita.

Derogatoria que como lo prevé el artículo 72 del Código Civil, deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con la nueva ley.

De conformidad con lo anterior, debe considerarse que la Ley 142 de 1994, es una ley que regula de manera íntegra los servicios públicos. Por lo tanto, la discusión acerca de si hubo o no derogación tácita sería intrascendente, ya que como lo establece el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, una ley se considera insubsistente por la expedición de otra que regula íntegramente la materia.

Sin embargo, debemos analizar si efectivamente la Ley 142 de 1994 regula de manera íntegra el tema de los servicios públicos domiciliarios.

El artículo 186 de la Ley 142 establece claramente que ella regula de manera general las actividades de servicios públicos domiciliarios. El artículo en mención dispone:

«Artículo 186. Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias ...» (Las cursivas son mías).

Por su parte el artículo 84 de la Constitución Política le prohíbe a las autoridades públicas exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para ejercer actividades cuyo ejercicio haya sido reglamentado de manera general.

22 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 13 de julio de 1982. Magistrado ponente: Joaquín Vanín Tello. Expediente 5735. Publicada en *Anales*, 2° Semestre de 1982. Pág. 15.

Luego debemos concluir que la Ley 142 de 1994 reguló de manera íntegra los servicios públicos domiciliarios a que hace referencia su artículo primero.

Además, el encabezamiento de la ley *«por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones»*, nos da a entender que la ley regula de manera íntegra los servicios a los que se refiere.

En efecto la expresión *«el régimen»*, da entender que ese conjunto de normas, es el único aplicable al tema que se pretende regular. Característica ésta que de acuerdo con el profesor Gabino Pinzón es lo que hace que una regulación sea considerada íntegra en relación con las materias de que trata. Así, en la obra anteriormente citada, el profesor Pinzón expresa:

«Por lo demás, el hecho de que se trate de una regulación íntegra de las materias contempladas en el Código de Comercio no quiere decir que se trate, a un mismo tiempo, de una regulación completa de las mismas materias, puesto que una y otra cosa son distintas, como lo ha hecho resaltar el autor en otras ocasiones. Hablar de una regulación íntegra es tanto como decir que es la única aplicable a la materia a la cual se refiere; afirmar que una regulación es completa, dar a entender que, además de ser la única aplicable a la materia correspondiente, es por sí sola suficiente o adecuada para regular, por lo menos en lo sustancial, el asunto de que se trata en cada caso. Por eso, precisamente, puede darse y se da frecuentemente el caso de que la regulación de una materia, a pesar de ser la única aplicable a la materia correspondiente, no regule de manera suficiente o adecuada dicha materia. Lo cual significa, en relación con el Código de Comercio, que los vacíos, incoherencias, oscuridades y demás dificultades que ocurran en la aplicación de sus normas no pueden resolverse apelando a las normas de la legislación comercial anterior, sino utilizando los principios y reglas consignados en él o en disposiciones posteriores...» (Lo resaltado es mío).

Concluyendo, la Ley 142 de 1994, es una ley que regula de una manera integral la materia de los servicios públicos domiciliarios, por lo cual deben ser consideradas derogadas las normas anteriores.

4.2. GARANTÍA GENERAL DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

Puede encontrarse una referencia genérica a la libre iniciativa en el sector, en el artículo 6° del decreto 1900 de 1990, el cual establece lo siguiente:

«Artículo 6. El Estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la prestación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones».

Este artículo es un desarrollo del principio de protección al pluralismo informativo a que hace referencia el artículo 75 de la Constitución Política.

En mi opinión el pluralismo informativo es una manifestación de la libre competencia en el periodismo y en general en la generación y divulgación de información, una de cuyas consecuencias es la posibilidad para los usuarios de los servicios informativos, de escoger entre distintas fuentes, la información que desean recibir.

4.3. FINALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con los objetivos generales de las normas sobre comunicaciones, es necesario tener en cuenta los que hacen referencia a la libre competencia en la prestación de los servicios, como lo establece el artículo 13 del decreto 1900 de 1990, que a la letra dice:

«Artículo 13. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan *la eficiencia, la libre iniciativa y competencia*, la igualdad de condiciones en la utilización plena de derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones».
(Las cursivas son mías).

El artículo 13 del decreto, hace referencia al aspecto teleológico de las normas sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones. Es de notar que los bienes jurídicos protegidos aquí relacionados, hacen referencia más que todo a la eficiencia, el libre acceso y a la igualdad de los competidores en el mercado, sin mencionar la satisfacción de las

necesidades o el bienestar de los consumidores, como sí lo hace el artículo 2º del decreto 2153 de 1992²³. Este artículo debe leerse en concordancia con el numeral 2.6 del artículo segundo de la Ley 142 de 1994 que establece como finalidad de la intervención del Estado en los servicios públicos, la «*Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante*».

4.4. PROHIBICIÓN A LA NEGATIVA A CONTRATAR

Una de las principales prohibiciones que se encuentran en el sector, es la que se refiere a la negativa a contratar, consagrada en el artículo 47 del decreto 1900 de 1990. La mencionada norma dice:

«*Artículo 47. En atención al principio de libre competencia, los operadores de servicios que se requieran como soporte para la conducción de otros servicios, no podrá negarse a su prestación, a menos que medie justa causa comprobada*».

Este artículo del decreto, prohíbe la negativa a contratar, para el prestador de un servicio de telecomunicaciones que resulta indispensable para la conducción de otros servicios. Resulta lógico que se prohíba este tipo de conductas, toda vez que en el mercado de las telecomunicaciones se asimilan a la discriminación contra un competidor o a la limitación en el suministro de materias primas, prácticas todas estas de carácter anticompetitivo a la luz de la Ley 155 de 1959 y del decreto 2153 de 1992.

Dentro del régimen de competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y en la generación y trasmisión de electricidad, que introdujeron las Leyes 142, y 143 de 1994 respectivamente, uno de los principios fundamentales, es el de la obligación de dar acceso a la utilización de las redes de trasmisión o interconexión respectivas.

Asimismo, como se explicará más adelante existe en la telefonía móvil celular, la obligación de prestar el servicio de “*roaming*” entre redes a los usuarios de otro operador celular.

23 Para un análisis más extenso del bien jurídico protegido por las normas sobre competencia, puede consultarse mi artículo titulado «El derecho de la competencia en Colombia». *Revista Derecho Económico*. N° 9, 1989. Págs. 54 y sigs.

El artículo 28 del decreto 1794 de 1991 contiene disposiciones similares en relación con el derecho al acceso a servicios portadores y segmentos satelitales:

«Artículo 28. Acceso a servicios portadores y segmentos satelitales. Los operadores de servicios básicos que sirvan como soporte para la prestación de servicios de valor agregado o telemáticos no podrán negarse a permitir la utilización de dichos servicios soporte por parte del prestatario de servicios de valor agregado o telemáticos, salvo cuando se demuestre ante el Ministerio de Comunicaciones que la utilización solicitada causa perjuicios graves en la prestación de los servicios que de ordinario debe prestar ese operador.

El acceso a la utilización de los servicios soporte se garantizará en forma igual a todas las personas que los requieren, para lo cual los operadores de los servicios soporte deberán publicar las condiciones técnicas y económicas para su utilización.

Se garantiza igualmente el acceso a cualquier segmento satelital coordinado para el país».

4.5. PROHIBICIÓN A LA REALIZACIÓN DE CONDUCTAS DESLEALES, ENGAÑOSAS Y RESTRICTIVAS

En relación con este tema dice el artículo 52 del decreto 1900 de 1990 lo siguiente:

«Artículo 52. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: "...»

«6. La producción de daños a la red de telecomunicaciones del Estado como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas».

«7. La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento».

«8. La alteración en las características técnicas de terminales homologados o la de sus signos de identificación».

«9. La emisión de señales de identificación falsas o engañosas».

El artículo transcrito contiene la prohibición a distintos tipos de conductas dañinas, mal intencionadas, o engañosas en la operación o utilización de servicios de telecomunicaciones. Este tipo de prácticas presentan similitud con algunas formas de competencia desleal, tales como las descritas en la Ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal.

Adicionalmente, el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, al cual se hará referencia en el capítulo siguiente, contiene conductas que se consideran restrictivas de la competencia.

Asimismo se puede citar el artículo 27 del decreto 1794 de 1991, el cual prohíbe a los operadores de servicios básicos aplicar subsidios cruzados para bonificar servicios telemáticos o de valor agregado que simultáneamente estén prestando en un régimen de libre competencia. Este tipo de práctica, además de generar confusión en el mercado y en los consumidores, tiene un elevado potencial discriminatorio en contra de los usuarios de los servicios. El mencionado artículo 27 dice lo siguiente:

«Artículo 27. *Prohibición de subsidios cruzados.* Los prestatarios de servicios básicos de telecomunicaciones ni podrán efectuar subsidios cruzados para bonificar los servicios de valor agregado o telemáticos que simultáneamente presten en régimen de libre competencia, ni bonificar los equipos terminales y demás facilidades que suministren, a cualquier título, a los usuarios de estos servicios.

Para el efecto deberán llevar una contabilidad separada de costos e ingresos sobre cada uno de los servicios de valor agregado y telemáticos prestados, considerándolos como a cargo de sendas empresas independientes de la empresa prestataria de servicios básicos. Los rangos tarifarios que se fijen se deberán ajustar, en todo caso, a dicha contabilidad separada. En la contabilidad de costos deberán incluir los correspondientes al uso de sus propias redes y al aprovechamiento de los servicios básicos por ellos mismos prestados, requeridos en la prestación de los servicios de valor agregado y telemáticos.

Se presume que hay subsidios cruzados cuando un operador presta un servicio con una tarifa insuficiente para cubrir los costos incrementales de largo plazo y simultáneamente presta otro servicio con una tarifa superior a sus costos incrementales de largo plazo».

El decreto 2122 de 1992 constituye la cuarta y una de las más importantes manifestaciones de la normatividad referida, mas aún si se

tiene en cuenta que es por medio de este ordenamiento que se reestructuró el Ministerio de Comunicaciones.

Para tal efecto, y en consideración del objeto del presente escrito debe analizarse en primer lugar el artículo primero numeral 7 de tal ordenamiento, en virtud del cual el Ministerio de Comunicaciones tendrá facultades de carácter coercitivo y sancionatorio en casos de violación a diferentes materias, dentro de las cuales se contempla el principio de la libre competencia en el campo de comunicaciones, dentro del cual se incluyen los servicios de telecomunicaciones.

«*Artículo 1. Funciones.* Además de las funciones asignadas en los decretos 1900 y 1901 de 1900, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones:

«...»

«7. Imponer las sanciones y correctivos necesarios en los casos de violación al régimen de comunicaciones y servicios postales, así como en los eventos en que se atente contra el espectro electromagnético, y los derechos de los usuarios y, los principios de eficiencia y libre competencia, y en general cuando se produzca cualquiera otra forma de violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones, sin perjuicio de las competencias fijadas a otras autoridades».

Esta facultad se entiende por lo tanto otorgada sin perjuicio de lo establecido en el numeral 74.3. del artículo 74 de la Ley 142 de 1994. En efecto, el mencionado artículo le confiere a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en relación con la promoción y preservación de la libre y leal competencia, las siguientes funciones:

«*Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación.* Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: ...»

«74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

- a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

- b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio».

Debe eso sí tenerse en cuenta, como se expresó arriba que el artículo 186 de la Ley 142 de 1994 derogó en forma expresa los artículos 2, 3 y 4 del decreto 2122 de 1992, por medio de los cuales se creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como una unidad administrativa a la cual posteriormente por virtud del decreto 1524 de 1994 el Presidente de la República delegó las funciones a él asignadas en materia de telecomunicaciones²⁴.

Con el fin de cumplir con las funciones a ella asignada, esta Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, ha venido expidiendo una serie de resoluciones, a través de las cuales se puede observar que la competencia dada en un principio a este ente de una manera muy general por el legislador, ha ampliado su campo de acción a límites no imaginados, logrados mediante la expedición de una regulación minuciosa en materia de servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones cuyo objetivo general tal como lo dispone el artículo 2º de la Resolución 001 de 1993, es «*el de regular y propiciar la competencia para que las operaciones del sector sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante y produzca servicios de calidad*».

24 Los artículos 2 y 4 del Decreto 2.122 de 1992 decían lo siguiente:

«Artículo 2.- *Comisión de regulación de telecomunicaciones.* Créase la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual tendrá el carácter de Unidad Administrativa Especial, y cuyo objetivo será de regular y promover la libre competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad».

«Artículo 4.- *Funciones de la comisión.* En desarrollo de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, tendrá las siguientes funciones:

1. «Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante por parte de operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio, según su posición en el mercado».

2. «Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones».

«...»

12. «Denunciar ante la Superintendencia competente las prácticas contrarias a las normas sobre protección de la competencia, en que se vean involucrados quienes estén relacionados directa o indirectamente con la prestación de los servicios públicos regulados».

Para hacer efectivo este objetivo general, deben tenerse en consideración las siguientes disposiciones previstas en la Resolución 001 de 1993 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

«Artículo 5. *Funciones de la comisión.* Para el logro de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

1. *Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones* y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de la posición dominante por parte de los operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio, según su posición en el mercado».

2. *Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.*

4. Proponer y dar las soluciones de carácter administrativo a los conflictos que puedan presentarse entre operadores de los servicios de telecomunicaciones, en aquellos casos en que se requiera la intervención del Ministerio de Comunicaciones, para garantizar los principios de la libre competencia en el sector y la eficiencia en el servicio.

12. Denunciar ante la Superintendencia competente las prácticas contrarias a las normas sobre protección de la competencia». (Las cursivas son más).

Posteriormente fue expedida la Resolución 013 de 1994, la cual estableció de manera aún más específica las funciones de la Comisión, y especialmente en materia de derecho a la competencia determino:

«Artículo 5. *Funciones y facultades generales de la comisión de regulación de telecomunicaciones.* Para el logro de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en relación con los servicios públicos sujetos a su competencia ejercerá, con apoyo de las unidades componentes de su estructura orgánica, las siguientes funciones y facultades generales:

2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente y a las normas que la Ley 142 de 1994 contiene en materia de tarifas, de información y de actos y de contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de los cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos de telecomunicaciones.
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos de telecomunicaciones.
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen

10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos se servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones que se sometan a su consideración y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas a la competencia. *La comisión podrá limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebre las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, para evitar que se limite la posibilidad de competencia».*

13. Ordenar que una empresa de servicios públicos de telecomunicaciones se escinda en otras que tenga el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que deba escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que deba escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia

14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios

15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos de telecomunicaciones y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere la Ley 142 de 1994²⁵.

25 Existen dos criterios para determinar la eficiencia en materia de telecomunicaciones, el primero de ellos está plasmado en la Ley 142 de 1994 en su artículo 87.1, en virtud del cual se entiende que hay eficiencia económica en el régimen de tarifas cuando éstas se aproximen a los precios de un mercado competitivo, cuando las fórmulas tarifarias tengan en cuenta no sólo los costos sino también los aumentos de productividad y que tales fórmulas no trasladen a los usuarios los costos provenientes de una gestión ineficiente; el segundo criterio es el establecido en la Resolución 24 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en cuyo anexo se establecen los indicadores de la eficiencia de tipo administrativo técnica y operacional en materia de telecomunicaciones.

16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

20. Señalar de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos de telecomunicaciones y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

31. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones podrá obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando se establezca que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario». (Las cursivas son mías).

Dentro de la Resolución 014 de 1994 se estableció lo siguiente:

«Artículo 10. Protección de la competencia. Los concesionarios de larga distancia en ningún caso podrán incurrir en prácticas que afecten la libre competencia del mercado, en los términos de la Ley 155 de 1959, el decreto autónomo 2153 de 1992 y las disposiciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Los concesionarios no podrán realizar actos, convenios, acuerdos o colusiones que tengan como objeto constituir ventaja exclusiva a favor o de otras personas, o que tiendan al abuso de posición dominante e su mercado o en mercados complementarios a los servicios en concesión.

Los operadores de servicios de telefonía local deberán suministrar información sobre sus usuarios en igualdad de condiciones a todos los concesionarios de larga distancia.

La contravención a lo dispuesto en este artículo será causal de terminación de la licencia, sin perjuicio de las demás sanciones que, de acuerdo con las normas vigentes, puedan imponer el Ministerio de Comunicaciones y la Superintendencia competente» (Las cursivas son mías).

La Resolución 026 de 1995, reguló la prestación de los servicios de telefonía básica conmutada local y local extendida, y dispone:

«Artículo 2. Condiciones equitativas para la prestación del servicio de TBPC local y local extendido. Las empresas que presten el servicio de TBPC local y/o local extendido en un mismo municipio y/o departamento deberán hacerlo en condiciones equitativas, de tal manera que se garantice la promoción de la sana competencia, y la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios».

Por último, es necesario señalar la Resolución 036 de 1996, por medio de la cual “se establece el Régimen de Competencia de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y de protección de los derechos de los usuarios”.

La mencionada resolución contiene un minucioso desarrollo de las normas de la Ley 142 de 1994 en materia de competencia, lo cual se considera en general perjudicial para la claridad del derecho de la competencia como se ha expresado varias veces a lo largo del presente escrito. Asimismo, trae nuevas definiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia y abuso de la posición dominante en el mercado, en los artículos 20 a 28 que se transcriben a continuación.

“Artículo 20. Prohibición de prácticas restrictivas y desleales a la libre competencia de los operadores de TPBC. Se considerarán prácticas desleales y restrictivas de la libre competencia las establecidas en la Ley 142 de 1994 y en la Ley 256 de 1996, y las siguientes:

20.1. Fijar tarifas, por parte de un operador a usuarios con perspectiva de competencia, inferiores a las ofrecidas a otro de sus usuarios, del mismo segmento de mercado y volumen promedio de tráfico originado, sin perspectiva de competencia, en la prestación del servicio. Se entiende por perspectiva de competencia la evidencia de noticias en un medio de comunicación o de pruebas del plan de desarrollo del servicio por parte de otro operador.

20.2. Prestar gratuitamente los servicios públicos de telecomunicaciones, excepto los casos expresamente autorizados por la ley o los reglamentos nacionales e internacionales acogidos por el país.

20.3. Recibir varios pagos por la prestación de un mismo servicio a otro operador.

20.4. Cobrar tarifas que no cubran los gastos de operación de los servicios públicos de telecomunicaciones, de acuerdo con la metodología tarifaria aplicable.

20.5. Celebrar acuerdos entre empresas para repartirse cuotas o clases de servicios o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de las que resultarían en un mercado en competencia.

20.6. Ofrecer a los usuarios de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no estén sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

20.7. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio, con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

La violación de las anteriores disposiciones, o de cualquiera de las normas establecidas en la Ley 142 de 1994 relativas a la función de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en materia tarifaria, dará lugar a que esta fije las tarifas, someta a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, o revoque de inmediato las fórmulas tarifarias aplicables a quienes prestan los servicios públicos de telecomunicaciones. Igualmente, las empresas que realicen estos comportamientos estarán sujetas a las sanciones que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios establezca, de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 21. Tratamiento igual y no discriminatorio a otros operadores. El cumplimiento del régimen de competencia deberá garantizar el tratamiento igual y no discriminatorio a otros operadores, por parte de las empresas que prestan los servicios de TPBC, quienes no podrán favorecer a sus empresas matrices, o subordinadas de las matrices o aquellas en las cuales sea socio el operador.

Se considera como trato discriminatorio cualquier diferencia en las condiciones de atención a empresas que prestan un mismo servicio que no obedezca de manera comprobable a diferencias en los costos de suministros del servicio. Además de las tarifas se considerarán como condiciones de atención las condiciones comerciales, técnicas, de oportunidad, calidad y costo.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones podrá solicitar a las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones de TPBC información selectiva cuando considere que están incurriendo en tratos discriminados.

Luego de recibir una queja, por parte de un operador afectado, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones notificará en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la iniciación de las investigaciones correspondientes e imposición de las respectivas sanciones, si fuere del caso.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de Regulación de intervenir en la fijación de tarifas por parte de operadores específicos, con el objeto de restablecer el trato igual.

Artículo 22. Prácticas contrarias a la competencia de proveedores de las empresas de TPBC. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones someterá a la regulación del régimen de competencia y a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a quienes sean dueños o administradores de bienes o servicios que se requieran para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y a quienes se les compruebe que han celebrado acuerdos, pactos o negocios, expresos o tácitos, que impliquen restricciones a la competencia entre empresas de servicios públicos de telecomunicaciones.

Una vez sometidos a su regulación, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones podrá examinar el comportamiento de quienes sean proveedores de equipos, bienes, redes o suministros, proveedores de capacidad satelital y proveedores de servicios portadores.

Se considerará como restricción de la competencia el tratamiento discriminatorio de empresas de servicios públicos de telecomunicaciones por parte de un proveedor común de servicios. La fijación de precios distintos por un servicio, que no obedezca de manera comprobable a diferencias en los costos de atención, se considerará como trato discriminado.

Artículo 23. Régimen de libertad regulada para las tarifas de operadores de TPBCL, TPBCLE y TMR con posición dominante en el mercado y sin competencia en la prestación del servicio. Los operadores de TPBCL, TPBCLE y TMR estarán sometidos al régimen de libertad regulada en la fijación de tarifas por la prestación de estos servicios sólo cuando tengan una posición dominante en el mercado del servicio según lo define la Ley 142 de 1994 y no exista suficiente competencia entre proveedores y la prestación del servicio en el mercado donde operan. La tarifa por los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR para los usuarios se establecerá para estos operadores de acuerdo con las metodologías aprobadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En los demás casos los operadores de TPBCL, TPBCLE y TMR estarán en el régimen de libertad vigilada.

Los servicios suplementarios suministrados por los operadores de los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR estarán bajo el régimen de libertad vigilada de tarifas.

El incumplimiento del régimen tarifario, por parte de un operador, se considerará como abuso de posición dominante con respecto a sus usuarios y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones solicitará el inicio de la investigación correspondiente y la imposición de sanciones a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de Regulación para intervenir el régimen tarifario.

Artículo 24 Alcance del cargo por aportes de conexión al servicio. El pago del aporte por conexión otorga el derecho a la conexión del servicio, al uso del número de identificación, y a la disposición sobre la acometida externa. En todo caso la acometida externa será de libre disponibilidad del suscriptor o usuario y podrá ser utilizada por cualquier empresa de TPBCL, TPBCLE y TMR, designada por el suscriptor o el usuario para la prestación del servicio. El suscriptor o usuario deberá pagar el costo de aporte por conexión al servicio. En ningún caso se podrá iniciar el cobro del cargo por aporte de conexión antes del inicio de la prestación del servicio a cada suscriptor o usuario.

El incumplimiento de estas normas se considerará abuso de posición dominante frente a los usuarios y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones notificará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la iniciación de la investigación y la imposición de las sanciones correspondientes cuando haya lugar, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de Regulación para intervenir el régimen tarifario.

Artículo 25. Protección de los derechos de los usuarios. Se consideran derechos de los usuarios de los servicios de TPBC, entre otros:

- a) Acceder libremente al uso de los servicios;
- b) Disponer gratuitamente durante un período de tres (3) meses del servicio de información sobre el cambio de identificación numérica cuando cambie de domicilio;

- c) Escoger libremente los servicios y el operador de los mismos;
- d) Recibir los servicios en forma continua y eficiente, a tarifas que se ajusten a los criterios de la Ley 142 de 1994;

La Comisión de Regulación, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las demás autoridades y las empresas de servicios públicos deben, en todo momento, garantizar y proteger los derechos de los usuarios.

Para garantizar y proteger los derechos de los usuarios las autoridades adelantarán, de oficio o a petición de parte, actuaciones para la obtención de información, y para las investigaciones, análisis, estudios, decisiones, regulaciones y sanciones a que hubiere lugar;

- e) Conocer previamente las tarifas que se aplicarán al servicio público de telecomunicaciones de que hará uso. En consecuencia no se podrán cobrar tarifas fijadas con posterioridad a la fecha de prestación del servicio correspondiente, y el régimen tarifario deberá ser tal que en cualquier caso el usuario pueda tener certeza de la tarifa que se la aplicará. Para este efecto las empresas deberán publicar las tarifas en un medio masivo de comunicación;
- f) Obtener de forma gratuita, desde cualquier terminal habilitado ya sea de uso público o privado, el acceso a los servicios de urgencia;
- g) Recibir oportunamente la factura a su cargo, por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago oportuno, señalada en el mismo;
- h) Recibir la factura correspondiente al aporte por conexión, discriminando el valor de la acometida externa, el valor del derecho al servicio, y el valor al de número de identificación. Este literal se aplicará a partir del tercer mes siguiente a la fecha de publicación de la presente resolución.
- i) Solicitar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la iniciación de la prestación del servicio, el reembolso de la parte correspondiente al valor del derecho al servicio y uso del número y obtener, dentro de los tres (3) meses siguientes, su pago. Vencido el plazo de los tres (3) meses, el usuario pierde el derecho a obtener del operador el reembolso. Tendrán este derecho los usuarios de los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR que contraten el servicio a partir del tercer mes siguiente a la fecha de publicación de la presente resolución.

- j) Los programas de promoción y de tarifas especiales a ciertos suscriptores o usuarios no pueden generar discriminaciones, alterar los derechos de los usuarios ni afectar al régimen de competencia.

Todos estos derechos deberán constar en el contrato de condiciones uniformes que se celebren con los usuarios.

Artículo 26. Libertad de escogencia del usuario. Las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones de TPBC no podrán limitar, condicionar o suspender la libre escogencia de los usuarios sobre quién le suministre los servicios.

Los contratos de condiciones uniformes que se celebren entre los usuarios y aquellas empresas, mantendrán y reconocerán el derecho del usuario a dar por terminado el contrato, previo el cumplimiento de sus obligaciones con la empresa y sin penalización alguna.

Artículo 27. Limitación al empaquetamiento de servicios. Hay abuso de posición dominante por parte de una empresa de servicios públicos de telecomunicaciones de TPBC frente a sus usuarios cuando condiciona el suministro de un servicio a la adquisición de otros.

Luego de recibir una queja, por parte de un usuario afectado, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones notificará en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para la iniciación de las investigaciones correspondientes e imposición de las respectivas sanciones.

Artículo 28. Abuso de posición dominante frente a usuarios en condiciones comerciales similares por parte de un operador. Se considera abuso de posición dominante frente a usuarios la fijación de tarifas diferentes para usuarios que estén en condiciones comerciales similares. Para este efecto se define que dos usuarios tienen las mismas condiciones comerciales cuando pertenecen al mismo estrato o al segmento comercial e industrial, sus volúmenes de tráfico originado promedio en los últimos tres meses no difieren en más del 10% y enfrentan las mismas condiciones de competencia en el suministro del servicio. Dos usuarios están en las mismas condiciones de competencia cuando ambos tienen uno o más de un proveedor alternativo del servicio.

5. LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En este capítulo se analizará la competencia en los servicios públicos domiciliarios, tema que se encuentra desarrollado en la Ley 142 de 1994, la cual, como dice su artículo primero, cubre los «servicios públicos de domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural».

Como se puede observar, las normas y criterios aquí señalados se aplican también a los sectores de telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural, que forman parte del sector de las telecomunicaciones a que se refiere el capítulo anterior.

5.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Ley 142 de 1994 no hace una referencia clara a la finalidad de las normas de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin embargo, es necesario mencionar que el numeral 2.6 del artículo 2º de la Ley, señala como una de las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos, la preservación de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en el mercado.

De otra parte resulta importante destacar lo establecido por los numerales 11.1. y 11.2. del artículo 11 de la Ley, según los cuales para cumplir con la función social de la propiedad pública o privada, las entidades que presten servicios públicos domiciliarios tienen obligaciones tales como la de «Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente a usuarios o a terceros». Y la de «Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia».

Por último es necesario mencionar, que al determinar las funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala como finalidades de la actuación de las comisiones de regulación las de

«regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la

competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad».

Puede deducirse por lo tanto, que el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es el de lograr que la prestación de los servicios, ya sea por parte de un monopolista o por parte de los competidores, se haga en condiciones económicamente eficientes, que no impliquen abuso de la posición dominante y que produzcan servicios de calidad.

5.2. REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA

En el presente acápite se revisarán las facultades de regulación, control y vigilancia que la Ley 142 de 1994 le otorga a las comisiones de regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, específicamente en relación con el derecho de la competencia.

A este respecto es necesario destacar, que las funciones de las comisiones de regulación, en materia de derecho de la competencia, hacen referencia a la promoción de la libre competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y por supuesto a la regulación de los mercados y de las condiciones en que se prestan dichos servicios públicos; mientras que la Superintendencia tiene la función de investigar y sancionar a aquellas empresas o personas que infrinjan la ley o los reglamentos expedidos por las comisiones.

Las principales funciones de las comisiones de regulación en relación con el derecho de la competencia, se encuentran en los artículos 73 y 74 de la Ley, que en sus partes pertinentes dicen lo siguiente:

«Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

«...»

73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

«...»
73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta ley.

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

«...»

73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; asimismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta ley.

«...»

73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.»

«Artículo 74. *Funciones especiales de las comisiones de regulación.* Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible

- a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.
- b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

«...»

74.2. De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:

- a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan

servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

- b) Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

«...»

74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

- a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.
- b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.
- c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; asimismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley.»

«...»

5.3. PROHIBICIÓN A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS Y DESLEALES DE COMPETENCIA

La prohibición a las prácticas restrictivas y desleales de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, se encuentra contenida en los artículos 34, 98 y 133. En el presente acápite se hace un análisis de estas normas.

5.3.1. Comentarios generales

Como se ha advertido a lo largo del presente documento, uno de los problemas fundamentales del derecho de la competencia en Colombia radica en la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de la competencia, que a la larga pueden entorpecer el desarrollo de los principios que informan este derecho, e impedir el logro de sus objetivos. Lo anterior resulta especialmente grave en un país como Colombia, que está tratando de atraer a los inversionistas extranjeros con el fin de que participen en la gestación de la infraestructura nacional. Resulta evidente que el derecho de la competencia constituye parte importante del entorno jurídico, cuya claridad y estabilidad ejerce una influencia definitiva en la decisión de los inversionistas sobre su participación en los proyectos del país.

El comentario anterior adquiere plena validez cuando se examinan las normas sobre derecho de la competencia incluidas en la Ley 142 de 1994. En efecto, los artículos 34, 98 y 133 de la ley, que contienen la mayor parte de las referencias al tema de la libre competencia, no responden ni mucho menos a la estructura conceptual de las normas generales sobre el tema, la cual se encuentra descrita en los capítulos anteriores de este documento, y por el contrario incorporan notables contradicciones a la misma, además de que confunden criterios fundamentales de esta materia, como se explica a continuación.

El artículo 34 de la ley contiene la prohibición general de «...las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas». En este artículo se hace una prohibición genérica a las empresas de servicios públicos de realizar en sus actos y contratos discriminaciones, prácticas desleales o restrictivas de la competencia. Acto seguido el artículo señala de manera no taxativa las que considera restricciones indebidas a la libre competencia, mezclando de manera indiscriminada prácticas predatorias, para las que no exige el requisito de que exista posición de dominio en el mercado; acuerdos anticompetitivos; prácticas de competencia desleal; y abuso de la posición dominante, de conformidad con lo establecido por el artículo 133 de la ley.

Tres son los errores fundamentales que se pueden señalar en relación con este artículo: el primero, consiste en mezclar en una sola disposición todos los tipos de prácticas que contiene la ley, sin clasificarlas ni tratarlas de manera separada como sucede en el decreto 2153 de 1992. En segundo lugar, se independizan los precios predatorios del abuso de

la posición dominante, lo cual crea una evidente y muy importante contradicción con el régimen general de la competencia, en el cual como se sabe, los precios predatorios solamente constituyen una infracción a la libre competencia, como abuso de la posición dominante, cuando existe posición de dominio en el mercado. En tercer lugar, se clasifican las conductas de competencia desleal contenidas en el Código de Comercio, como prácticas restrictivas de la competencia, lo cual es bien discutible como se expresó al inicio de este documento²⁶.

El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 dice textualmente lo siguiente:

«Artículo 34. *Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.*

Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;

34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;

34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;

34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;

34.5. Las que describe el Título V del Libro I del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;

26 Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las normas de competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959 y en el Código de Comercio, resultaron derogadas por la Ley 256 de 1996, contentiva de la nueva legislación sobre la materia.

34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos».

El artículo 98 de la ley contiene las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, que la ley, por alguna razón desconocida, no considera comprendidas dentro de la clasificación general de prácticas restrictivas de la libre competencia contenida en el artículo 34.

Las conductas tarifarias restrictivas consisten en dos conductas de precios predatorios separadas, sin ninguna diferenciación relevante entre ellas y una conducta discriminatoria. Las conductas predatorias, al igual que las incluidas en el artículo 34 de la ley, se encuentran desligadas del concepto de posición de dominio en el mercado.

El artículo 98 de la ley dice textualmente lo siguiente:

«Artículo 98.- *Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.* Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

98.3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos».

El artículo 133 de la ley contiene las conductas que se consideran como abuso de la posición dominante, las cuales solamente se refieren

a las relaciones que existen entre las empresas de servicios públicos y los usuarios o suscriptores de los mismos.

El artículo clasifica de manera no taxativa 26 ejemplos de cláusulas en las cuales se presume que existe abuso de la posición dominante. Los aspectos más relevantes de estas cláusulas se explicarán más adelante.

5.3.2. Prácticas discriminatorias

El tema de las prácticas discriminatorias, como ya se advirtió, se encuentra tratado en el encabezamiento del artículo 34 de la ley, en el cual se establece que «*Las empresas de servicios públicos, en todos los actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados*». Este artículo se refiere tanto a las discriminaciones concertadas, como a los actos unilaterales de discriminación.

Asimismo, el numeral 98.3. del artículo 98 de la ley, señala como prácticas tarifarias restrictivas de la competencia, las que realizan las empresas de servicios públicos para «*Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aun si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas*». Como se puede observar, este tipo de discriminaciones son conductas unilaterales.

Estos actos discriminatorios resultan concordantes con lo establecido en el numeral 2º del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

5.3.3. Acuerdos anticompetitivos

Los acuerdos anticompetitivos se encuentran descritos en los numerales 34.3. y 34.4. del artículo 34 de la ley. En el primer caso se trata de acuerdos horizontales para repartirse cuotas o segmentos de un mercado, o para fijar tarifas por encima de las condiciones de competencia: «*Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia*». Estos acuerdos son por lo tanto equivalentes a los relacionados en los numerales 1º y 4º del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

El segundo caso hace referencia también a acuerdos horizontales por medio de los cuales se trate de realizar colusión en las licitaciones públicas:

«Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia».

Este tipo de acuerdos resulta equivalente a los que señala el numeral 9º del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Se echan de menos en la reglamentación otros tipos de acuerdos que desarrolla el decreto 2153 de 1992, tales como las ventas atadas, la repartición de mercados, la limitación de fuentes de acceso de insumos productivos, la limitación de desarrollos técnicos y los límites a los niveles de producción.

5.3.4. Actos de competencia desleal

En relación con los actos de competencia desleal es necesario reiterar dos comentarios importantes: en primer lugar, se clasifica a las conductas de competencia desleal como prácticas restrictivas, lo cual resulta bien discutible. Adicionalmente, el Título V del Libro I del Código de Comercio fue derogado por la Ley 256 de 1996, que contiene el nuevo régimen de competencia desleal en Colombia, el cual por razones temáticas y de espacio, no se discute ni analiza en el presente documento.

5.3.5. Abuso de la posición dominante

El tema de la posición dominante y el abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994 presenta importantes contradicciones con el régimen general del derecho de la competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, lo cual genera grandes dificultades en la interpretación y aplicación de estos conceptos.

En efecto, para comenzar la definición de posición de dominio en el mercado en la Ley 142 de 1994, se basa de manera exclusiva en el criterio de participación en el mercado, criterio que como ya se explicó fue inicialmente utilizado en la Ley 155 de 1959, pero fue totalmente abandonado por el decreto 2153, siguiendo en esto la evolución conceptual que se ha presentado a nivel internacional.

En este sentido el numeral 14.13. del artículo 14 de la ley, establece lo siguiente:

«Artículo 14.- *Definiciones.* Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.13. *Posición dominante.* Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado».

De otra parte, resulta bastante extraño el hecho de que las conductas que constituyen abuso de la posición dominante en el mercado, no requieren que quien incurre en ellas detente una posición de dominio en el mercado. Es así como el encabezamiento del artículo 133 de la ley establece lo siguiente:

«Artículo 133. *Abuso de la posición dominante.* Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:»

En cuanto a las conductas en sí mismas, debe anotarse que se presume que existe abuso de la posición dominante cuando una empresa de servicios públicos incurre en cualquiera de las conductas señaladas en el artículo 133 de la ley. Ahora bien, aunque dichas conductas están descritas en relación con los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que dicho artículo se encuentra dentro del título del contrato de servicios públicos de la ley, dichas conductas también constituyen abuso de la posición dominante cuando se comenten contra cualquier «...otra parte contratante y en cualquier clase de contratos,» como lo establece el numeral 34.6 del artículo 34 de la ley.

Es necesario advertir que la presunción de abuso de la posición dominante de que trata el primer inciso del artículo 133, es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, como lo advierten los incisos finales de dicho artículo, los cuales establecen lo siguiente:

«...»

«La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada».

En cuanto a la clasificación de las conductas de abuso de la posición dominante, es posible agruparlas de conformidad con los siguientes criterios:

5.3.5.1. Imposición de obligaciones adicionales

Sucede cuando las empresas de servicios públicos imponen a los usuarios obligaciones adicionales de las que naturalmente deberían soportar en situación de competencia, incluyendo el caso de las ventas atadas. A esta categoría pertenecen los siguientes numerales del artículo 133:

«133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

- a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o
- b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o
- c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

5.3.5.2. Imposición de condiciones desiguales

Aunque las distinciones empiezan a volverse sutiles, puede agruparse un conjunto de conductas que aunque no establecen obligaciones adicionales a cargo del usuario, si le confieren prerrogativas extraordinarias a la empresa de tal manera que le otorgan una ventaja indebida que rompe la conmutatividad del contrato:

«133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponible al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;

133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

- a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y
- b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

5.3.6. *Prácticas predatorias*

Como se había señalado con anterioridad, en la Ley 142 de 1994, las prácticas predatorias se encuentran desligadas del abuso de la posición dominante, lo cual implica una importante contradicción con el régimen general de la competencia.

Las prácticas predatorias se encuentran desarrolladas en capítulos anteriores de este documento, pero en general hacen referencia a la aplicación de precios o tarifas por debajo del nivel de los costos, con el fin de excluir a los competidores del mercado, o impedir su acceso al mismo.

En la Ley 142 de 1994, estas prácticas se encuentran contenidas en los numerales 34.1. y 34.2. del artículo 34; y en los numerales 98.1. y 98.2. del artículo 98 de la ley, los cuales establecen lo siguiente:

«Artículo 34.- *Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.* Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;

34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;»

«...»

«Artículo 98. *Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.* Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales».

«...»

6. TELEFONÍA MÓVIL CELULAR Y COMPETENCIA

Teniendo en cuenta la clasificación de la telefonía móvil celular como servicio básico, dentro de la subcategoría de los teleservicios (artículo 28 decreto 1900 de 1990), el legislador colombiano reguló la prestación del servicio de telefonía celular por medio de la Ley 37 de 1993. Adicionalmente, el gobierno reglamentó el servicio por medio del decreto 741 de 1993. Como se explica más adelante, a este servicio no le resulta aplicable el régimen de la Ley 142 de 1994, por cuanto no se trata de un servicio público de carácter domiciliario.

6.1. DEFINICIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR

La definición del servicio de telefonía móvil celular se encuentra contenida en el artículo 1° de la Ley 37 de 1993, en concordancia con el artículo 2° del decreto 741 de 1993. El artículo 1° de la Ley 37 de 1993 dice lo siguiente:

«Artículo 1. Definición del servicio de telefonía móvil celular. La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la Red Telefónica Pública Conmutada —RTPC—, entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro electromagnético asignado constituye su elemento principal». (Las cursivas son mías).

6.1.1. Elementos de la definición

A continuación se exponen de manera detallada los elementos principales de la definición del servicio de TMC, con base en los cuales resulta posible distinguir este servicio de otros que aunque pueden tener similitudes de carácter tecnológico, son diferentes desde el punto de vista legal y de las telecomunicaciones, en cuanto se refieren a la satisfacción de necesidades distintas y su utilización difiere de la TMC.

6.1.1.1. Es un servicio público de telecomunicaciones

La telefonía celular es un servicio público de telecomunicaciones²⁷, en los términos de los artículos 2° y 5° la Ley 72 de 1989. Lo anterior implica que de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, el Estado se reserva en todo caso la facultad de control y vigilancia de la actividad, aunque ésta se desarrolle a través de concesiones por empresas o entidades particulares.

6.1.1.2. Es un servicio público no domiciliario

Las características y régimen especial de los servicios públicos domiciliarios se encuentran señaladas en los artículos 367 a 370 de la Constitución Política, así como en la Ley 142 de 1994 y el decreto 1842 de 1991. Dichas características y régimen se refieren a aspectos tales como el cubrimiento; calidad; financiación; régimen tarifario; competencia para su prestación; subsidios a personas de menores ingresos; deberes y derechos de los usuarios; participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio; determinación de las políticas de administración y control de eficiencia; etc.

Lo anterior resulta de suma importancia, ya que el servicio de telefonía móvil celular no es un servicio público domiciliario, razón por la cual no le es aplicable el régimen de la Ley 142 de 1994 y el decreto 1842 de 1991.

²⁷ El artículo 2° de la Ley 72 de 1989 define las telecomunicaciones como «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos»

6.1.1.3. *Es un servicio de cubrimiento nacional*

En consonancia con el artículo 365 de la Constitución Política, el Estado debe asegurar la prestación eficiente del servicio público de telefonía celular en todo el territorio nacional.

6.1.1.4. *La asignación del espectro electromagnético es el elemento principal en la prestación del servicio*

El servicio público de telefonía móvil celular constituye un recurso independiente de la Red Telefónica Pública Conmutada —RTPC—²⁸, que proporciona en sí mismo capacidad completa para comunicar usuarios móviles entre sí, o usuarios móviles con usuarios fijos, utilizando tanto la RTPC como la red de telefonía móvil celular.

El elemento principal o esencial para determinar la prestación del servicio público de telefonía móvil celular, consiste en la asignación de una porción del espectro radioeléctrico, a través de la cual funciona la red celular.

6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR

Con el fin de determinar la naturaleza jurídica del servicio mencionado, se debe tener en consideración lo determinado al respecto por la Corte Constitucional, que en sentencia N° 318 del día 14 de julio de 1994 determinó:

“El servicio de telefonía móvil celular podría en principio considerarse dentro de uno de los siguientes marcos: el del la libre competencia o el del monopolio estatal, teniendo en cuenta que éste último se establecería como una reserva estatal, cuyos fines serían asegurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, y no como un monopolio legal cuya única finalidad es de carácter rentístico”.

28 Los servicios de telefonía local y de larga distancia prestados por la RTPC, se encuentran definidos por el artículo 1° del decreto 1842 de 1991 como servicios públicos de carácter domiciliario.

Considera la Corte, que la telefonía móvil celular corresponde a la naturaleza jurídica de reserva estatal, y en virtud de tal consideración la iniciativa privada se ve reducida, ya que ello implica la titularidad exclusiva pública sobre dicha actividad, debiendo por ello desarrollarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 365 de la Constitución Política:

« *Artículo 365.* Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directamente o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita».

6.3. PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TMC

6.3.1. Red celular

Tal como lo dispone el artículo 14 del decreto 1990 de 1990 la red de telecomunicaciones del Estado se encuentra constituida por una serie de elementos que permiten la conexión entre diversos puntos con el fin de establecer telecomunicación entre ellos, y así prestar dicho servicio al público.

«*Artículo 14.* La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones.

Las redes de telefonía móvil celular hacen parte de dicha red nacional y por lo tanto su instalación, ampliación, renovación, ensanche o modificación requieren de autorización del Ministerio de Comunicaciones”.

6.3.2. *Sujetos que pueden prestar el servicio*

Por ser la telefonía móvil celular un servicio público de cubrimiento nacional se encuentra a cargo de la nación, y por ello al Ministerio de Comunicaciones le corresponde su planeación, regulación, control y concesión del servicio.

El servicio podrá ser prestado por la nación en forma directa o indirecta, constituyéndose la última forma regla general mediante la celebración de contratos de concesión, tal como lo prescribe el artículo 3 de la Ley 37 de 1993:

«Artículo 3. *Prestación del servicio.* El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la nación, quien lo podrá prestará directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta en las que participe directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia ...».

Podrán ser concesionarios del servicio de telefonía móvil celular las empresas estatales, las sociedades de economía mixta y las sociedades privadas, siempre y cuando estas últimas cumplan con los requisitos previstos en el artículo 3 parágrafo 1 de la Ley 37 de 1993:

«Parágrafo 1. Las sociedades privadas o mixtas de que trata este artículo deberán estar constituidas como sociedades anónimas. Las sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión.

Para los efectos de la presente ley se entiende por sociedad anónima abierta aquella en que ninguna persona natural o jurídica sea titular, por si o por interpuesta persona, de más de 30% de las acciones representativas del capital social y que tenga inscritas sus acciones en las bolsas de valores. La Superintendencia Nacional de Valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este parágrafo».

El artículo 37 de la misma Ley en concordancia con lo previsto en los artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política, establece que será el Ministerio de Comunicaciones la entidad encargada de «*asignar las frecuencias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, distribuir y definir su cubrimiento y señalar las demás comisiones dentro de las cuales se prestará dicho servicio*».

Para la asignación de las frecuencias el legislador ha previsto, que el espectro electromagnético a utilizar será cubierto en tres áreas cada una de las cuales tendrán sus correspondientes polos técnicos, dichas áreas serán: oriental, occidental y costa Atlántica, tal como lo prevé el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 37 de 1993:

«**Artículo 6. Control y gestión del espectro radioeléctrico.** La asignación de frecuencias del espectro electromagnético se hará de tal forma que cubra tres áreas con sus correspondientes polos técnicos, los cuales serán definidos por el Gobierno Nacional. Dichas áreas serán la oriental, la occidental y la costa Atlántica. El área oriental deberá asumir la prestación de la telefonía celular en los nuevos departamentos y asegurar el desarrollo de este servicios en estos territorios en un plazo no mayor de tres años».

La prestación de este servicio público se realizará a través de dos redes para cada una de las áreas, las cuales se han denominado «Red Celular A» y «Red Celular B», las cuales mantendrán permanente comunicación a través del RPTC o cualquier otro medio.

En la licitación para la adjudicación de la concesión del servicio de telefonía móvil celular, en cuanto a la Red Celular A solamente podrán participar sociedades de economía mixta que estuvieran especializadas en telecomunicaciones o en telefonía móvil celular mientras que, en la Red Celular B solamente podrán participar sociedades anónimas de naturaleza privada constituidas en Colombia, lo cual se encuentra dispuesto en el artículo 4 de la Ley 37 de 1993:

«**Artículo 4.** De conformidad con la Constitución y la ley, el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones en que se deberá prestar el servicio de telefonía móvil celular, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- b) Las concesiones se otorgarán en dos redes, que compitan entre sí, en cada área de servicio, conforme a la distribución de frecuencias asignadas por el Ministerio de Comunicaciones, a que se refiere el artículo sexto (6) de esta ley. Una de

estas redes, en cada una de las áreas señaladas, será operada por sociedades de economía mixta o por empresas estatales y la otra por las privadas ...».

6.4. LA COMPETENCIA EN LA TELEFONÍA MÓVIL CELULAR

6.4.1. *Autoridad competente*

Con el fin de determinar la autoridad competente para regular y promover la competencia de todos los hechos y actos que implica la prestación del servicio público de telefonía móvil celular, se debe adelantar un minucioso estudio sobre las normas que regulan la materia, ya que existen contradicciones entre ellas, dando lugar a grandes interrogantes al respecto.

En primer lugar, debe considerarse lo que establecía el derogado artículo 2° del decreto 2122 de 1992, según el cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es el ente encargado de «...regular y promover la libre competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad».

Al día siguiente de haber sido expedida la norma anteriormente referida, el gobierno en uso de facultades extraordinarias a él concedidas en virtud del artículo 20 transitorio de la Constitución Política, expidió el decreto 2153, quien en su artículo 52 otorga competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer y sancionar de manera general las actuaciones contrarias a las normas relativas a la promoción del derecho a la libre competencia; iniciándose desde este momento el interrogante de cual sería la autoridad competente en materia de promoción del derecho a la competencia dentro del campo de las telecomunicaciones, para cuya solución debe tenerse siempre presente la regla metodológica en virtud de la cual «norma posterior prevalece sobre la anterior».

Posteriormente se expidió la Ley 142 de 1994, ordenamiento que establece que sería la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones el ente encargado de la promoción y protección del derecho a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios dentro del sector de las telecomunicaciones; esta disposición en concordancia con la Ley 37 de 1993, dificulta aún más la situación de desconocimiento sobre la autoridad competente en materia de derecho de la competencia

en el sector de la telefonía móvil celular, ya que como es claramente dispuesto en los ordenamientos referidos en sus artículos 14.27 y 1° respectivamente, la telefonía móvil celular no es considerada como servicio público domiciliario, razón por la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones resulta incompetente para la función a que se ha venido haciendo referencia, ya que dicho ente sólo es competente en materia de servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones.

Ante esta situación, debe interpretarse que es la Superintendencia de Industria y Comercio, la autoridad que conocerá y resolverá los conflictos que se generen en materia de derecho a la competencia en el sector de la telefonía móvil celular.

6.4.2. *Garantía general del derecho de la competencia en materia de telefonía móvil celular*

La garantía general al mantenimiento de la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil celular, se encuentra consagrada en el artículo 55 del decreto 741 de 1993, el cual establece lo siguiente:

«Artículo 55. *Prohibición de prácticas monopolísticas restrictivas. El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia del mercado en los términos de la Ley 155 de 1959 y el decreto autónomo 2153 de 1992. (Cursivas mías).*

Queda prohibido al concesionario la realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir ventaja exclusiva indebida a su favor o de otras personas, o que tiendan al monopolio de mercados complementarios a los servicios otorgados en concesión».

Este principio general se encuentra además contenido en el numeral 1.25 del pliego de condiciones de la licitación pública internacional N° 045 de 1993 para la concesión de la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Dicho numeral dice así:

«Artículo 1.25. *Prohibición de las prácticas monopolísticas restrictivas de la competencia. El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia del mercado, en los términos de la Ley 37 de 1993 y del decreto autónomo 2153 de 1992.»*

6.4.3. *Derecho de interconexión y prohibición a la discriminación*

Uno de los factores fundamentales en la prestación del servicio de telefonía celular, es la posibilidad que deben tener las empresas prestadoras del servicio, de interconectarse a la Red Telefónica Pública Conmutada —RTPC—, en condiciones de igualdad. Lo anterior se hace aún más crítico, si se tiene en cuenta que las empresas de telefonía fueron autorizadas para participar (y lo vienen haciendo) en la Red Celular «A», con lo cual se podrían presentar ventajas y discriminaciones anticompetitivas frente a las empresas privadas de la Red «B».

Los principios de no discriminación y acceso a la interconexión con la RTPC, se encuentran contenidos en el artículo 7° de la Ley 37 de 1993 y en el artículo 73 del decreto 741 del mismo año. Las mencionadas normas dicen lo siguiente:

«Artículo 7 Ley 37 de 1993. Garantías de interconexión, de acceso y costo. Los operadores de la telefonía móvil celular tendrán derecho de acceso a las redes telefónicas públicas conmutadas RTPC fijas, que se encuentran establecidas en el país, para efectos de la interconexión de los elementos de sus propias redes y para el manejo de su tráfico. Esta interconexión se someterá al principio de acceso igual - cargo igual, en virtud del cual los operadores de la red telefónica pública conmutada RTPC están obligados a prestar la interconexión en condiciones técnicas y económicas iguales a todo operador celular que lo solicite.

Los operadores de la red telefónica pública conmutada RTPC, que sean socios en empresas prestatarias del servicio de telefonía móvil celular, no darán a estas empresas condiciones técnicas y económicas ventajosas, en relación con las que se ofrezca a las demás empresas de telefonía móvil celular. (Las cursivas son mías).

Parágrafo. La contravención a lo dispuesto en este artículo será sancionada por el Ministerio de Comunicaciones. Según el caso, el ministerio podrá sancionar, tanto al operador de la red telefónica pública conmutada RTPC que haya ofrecido condiciones ventajosas, como al operador de la telefonía móvil celular que las haya aceptado.

Las sanciones consistirán en multas hasta por mil salarios mínimos legales mensuales, cada una, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelanten las partes».

«Artículo 73 decreto 741 de 1993. Principios de no discriminación. Los operadores de la Red Telefónica Conmutada —RTPC—, no podrán discriminar el tráfico de los operadores de la red de telefonía móvil celular o de alguno de ellos en beneficio propio o de otro operador».

6.4.4. Sanciones por violación al derecho de la competencia

Aspecto importante en la regulación del servicio de telefonía celular, es el de las sanciones aplicables en caso de violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En efecto, es importante resaltar que una violación a este tipo de normas puede desencadenar la caducidad administrativa del contrato de concesión para la prestación del servicio celular, lo cual acarrearía consecuencias económicas de gran importancia para las empresas afectadas.

En este sentido el artículo 43 del decreto 741 de 1993, establece lo siguiente:

«Artículo 43. Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular. Además de las previstas en el artículo 62 del decreto Ley 222 de 1983, de las especialmente establecidas en otras disposiciones legales y las que prevean en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, son causales para declarar la caducidad del contrato de concesión que se incluirán en el respectivo contrato, las siguientes:

- d) La violación a la prohibición de incurrir en prácticas monopolísticas impidiendo la libre competencia en los términos establecidos en la ley, el presente decreto y el pliego de condiciones de la licitación».

6.4.5. Establecimiento de tarifas

La facultad para fijar tarifas radica en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Así lo determina el artículo 7° del decreto 2061 de 1993, que modificó el decreto 741 de ese mismo año. El mencionado artículo dice:

«Artículo 7. *Criterios generales de tarificación de la telefonía móvil celular.* En relación con el servicio de telefonía móvil celular y para los efectos del ejercicio de las funciones que el decreto 2122 de 1992 otorga a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entre ellas de la fijar un régimen tarifario de este servicio, dicha entidad buscará promover la libre competencia entre las compañías de telefonía móvil celular con base en los siguientes criterios ...».

Uno de los principios más importantes en materia de tarifas, como ya se ha visto a lo largo del documento, es el de la no discriminación, razón por la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones fijó mediante la Resolución N° 002 del 13 de octubre de 1993 la tarifa de interconexión entre el terminal del abonado de la RTPC y la central de conmutación local. Esta tarifa estará vigente por un año a partir de la fecha de entrada en vigencia de la citada resolución.

EL USO LEGÍTIMO DE LA MARCA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

XIMENA CASTELLANOS

MARGARITA CASTELLANOS*

INTRODUCCIÓN

Para el logro de un mercado común, objetivo principal del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, se adoptó una legislación comunitaria relativa a la protección de la propiedad industrial. Esas disposiciones comunes para la subregión andina, se encuentran hoy recogidas en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, dentro de la cual se regulan temas relativos al uso legítimo de la marca en el mercado subregional andino.

Este trabajo tratará dicho tema no solo desde el punto de vista del uso de la marca, sino también desde el punto de vista registral, por lo que se expondrán a continuación los siguientes tópicos:

1. Coexistencia pacífica de marcas idénticas o similares en la subregión andina

* Abogadas de la firma Álvaro Castellanos M. & Cía., especializada en propiedad intelectual. Graduadas de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en derecho comercial en esa misma Universidad y estudios en el área de la propiedad intelectual en la Universidad de Estrasburgo, Francia, así como en el Franklin Pierce Law Center de Concord, NH, Estados Unidos.

2. Caducidad de las marcas por falta de uso
3. Importaciones paralelas o ventas grises en la subregión andina

COEXISTENCIA PACÍFICA DE MARCAS IDÉNTICAS O SIMILARES EN LA SUBREGIÓN ANDINA

La coexistencia de marcas idénticas dentro de la subregión andina, plantea actualmente dos problemas desde el punto de vista práctico: ¿pueden registrarse marcas idénticas a favor de titulares distintos en diferentes países de la subregión? y, si se permite la coexistencia de registros planteada o si de hecho ésta ya existe, ¿pueden ser usadas marcas idénticas o similares por titulares distintos, dentro de un mismo país de la subregión?

Ambas situaciones requirieron de la previsión del legislador andino, quien respecto del registro de marcas en la subregión, debió definir si existe o no la facultad para oponerse a una solicitud de marca idéntica o confundible con otra previamente solicitada o registrada en otro país de la subregión.

La oposición andina. Planteamiento del problema

Desde el punto de vista meramente registral esta situación nos enmarca dentro de la “oposición andina”, que apareció por primera vez en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena.

Mediante la creación de esta figura, se pretendió evitar la coexistencia de registros para marcas idénticas o similares en los diferentes países andinos. Para así evitar el segundo de los problemas mencionados, cual es el de la coexistencia en el mercado común, de productos identificados con una misma marca pero con un origen distinto.

Solución adoptada por la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena

Respecto de este problema dispuso el artículo 93 de la Decisión 344:

Artículo 93.- Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitado.

A los efectos del presente artículo, se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás países miembros tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de dicha marca en cualquiera de los países miembros.

De acuerdo con la disposición arriba transcrita, el primer solicitante o titular de una marca en la subregión podrá oponerse a las solicitudes posteriores que para la misma marca o una similar se presenten en los demás países de la subregión, siempre y cuando cumpla con estos requisitos:

- a) Que las marcas sean idénticas o similares
- b) Que distingan productos o servicios respecto de los cuales su uso pueda inducir al público a error.

El cumplimiento de estos requisitos, confiere el legítimo interés o legitimación en la causa al opositor. Es importante aclarar que esta posibilidad de oponerse no está establecida por la Decisión 344 como una causal de irregistrabilidad. En consecuencia, si quien está legitimado para oponerse de acuerdo con la norma, no procede oportunamente, no está facultado para intentar posteriormente una acción de nulidad contra el registro concedido en contravención de sus intereses. Además, si tenemos en cuenta que en la actualidad no existe una base de datos integrada de la subregión andina, donde puedan consultarse todos los registros y solicitudes existentes en los diferentes países que la conforman, mal podría exigirse al funcionario administrativo una diligencia que estaría fuera de sus posibilidades.

A pesar de las muchas críticas que esta figura ha recibido desde su creación, su existencia se ve justificada como instrumento que busca prevenir a largo plazo, la coexistencia de marcas idénticas en la subregión, a nombre de titulares diferentes.

Aunque desde el punto de vista práctico esta figura ha generado varios inconvenientes como el de la dificultad de la vigilancia de marcas para efectos de oposición, así como el entorpecimiento en

ocasiones injustificado de muchos trámites de registro, esto se ha debido a un abuso de la misma, ya que su uso racional podría acercarnos con mayor facilidad al libre comercio en la subregión, al evitar obstáculos registrales y unificar la titularidad de las marcas a nivel andino.

Uso de marcas idénticas o similares a nombre de titulares distintos dentro de un país de la subregión andina.

Planteamiento del problema

Teniendo en cuenta que la “oposición andina” es de reciente introducción en nuestros países, la coexistencia de registros de marcas idénticas o similares en países de la subregión, a nombre de titulares distintos es un hecho. Esta coexistencia venía presentándose antes de la creación de esta figura y se seguirá presentando en las situaciones en que dicho mecanismo no sea utilizado. Esto nos ubica dentro del segundo problema planteado, en el que un sistema que busca la libre circulación de bienes y servicios, se enfrenta a derechos marcarios coexistentes que impedirán dicha libre circulación.

Solución adoptada por la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena

El legislador andino tuvo que prever hasta dónde los derechos marcarios territoriales, debían ceder ante el interés comunitario de la libre circulación de mercancías. Se reguló entonces este punto en los artículos 107 y 110 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo, que a continuación se transcriben:

Artículo 107. Cuando en la subregión existan registros sobre una marca idéntica o similar a nombre de titulares diferentes, para distinguir los mismos productos o servicios, se prohíbe la comercialización de las mercancías o servicios identificados con esa marca en el territorio del respectivo país miembro, salvo que los titulares de dichas marcas suscriban acuerdos que permitan dicha comercialización.

En caso de llegarse a tales acuerdos, las partes deberán adoptar las previsiones necesarias para evitar la confusión del público respecto del origen de las mercancías o servicios en cuestión con caracteres destacados y proporcionales a los mismos

para la debida información al público consumidor. Esos acuerdos deberán inscribirse en las oficinas nacionales competentes y respetar las normas sobre prácticas comerciales y promoción de la competencia.

En cualquier caso, no se prohibirá la importación de un producto o servicio que se encuentre en la situación descrita en el primer párrafo de este artículo, cuando la marca no esté siendo utilizada en el territorio del país importador, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 110, salvo que el titular de dicha marca demuestre ante la oficina nacional competente, que la no utilización de la marca obedece a causas justificadas.

Artículo 110. Se entenderá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado.

También se considerará usada una marca, cuando distinga productos destinados exclusivamente a la exportación desde cualquiera de los países miembros, según lo establecido en el párrafo anterior”.

Como se puede concluir de estos artículos, el derecho sobre la marca prevalece sobre la libre circulación de productos. El artículo 107 establece la prohibición general de comercializar mercancías que infrinjan los derechos marcarios de una persona, aunque dichos productos hayan sido legítimamente marcados por el titular de la misma marca en otro país de la subregión.

Sin embargo la misma norma establece una excepción cual es *que los titulares de las marcas idénticas o similares suscriban acuerdos que permitan su comercialización coexistente.*

En cuanto a esta excepción, se estipula que estos acuerdos deberán:

- Ser inscritos ante las oficinas nacionales competentes.
- Contener previsiones que eviten la confusión en el público consumidor respecto del origen de las mercancías, identificando claramente el origen de los productos con caracteres destacados y proporcionales al tamaño de los mismos.

- Respetar las normas sobre prácticas comerciales y promoción a la competencia. Este requisito busca evitar que el acuerdo se utilice en detrimento de los derechos de libre competencia.

A simple vista la consagración de esta excepción parece ser inocua, por cuanto si nos atenemos al principio de la autonomía de la voluntad privada, llegaríamos a la conclusión de que los particulares podrían acordar cualquier clase de coexistencia de uso de marcas y que el problema únicamente se presentaría en el evento de que no existiera un acuerdo entre las partes, situación que la norma debería entrar a regular.

Sin embargo el punto es un poco más complejo, dado que la protección marcaría defiende también intereses generales y lo que la norma pretende impedir es que este tipo de acuerdos se perfeccionen de tal forma que se atente contra los consumidores o contra la libre competencia. Desafortunadamente la consagración establecida tampoco es afortunada en dicho sentido, dado que se trata de una norma sin poder coercitivo. El incumplimiento de la obligación de registrar los acuerdos de coexistencia no conlleva ningún tipo de sanción. Tampoco consagró la norma una consecuencia desfavorable en el evento de que el acuerdo llegue a contener cláusulas contrarias a lo estipulado. Por otra parte, no contempla los efectos derivados del registro del acuerdo ni se establece si del registro depende la existencia del contrato entre las partes, o si por el contrario se trata de un requerimiento para su oponibilidad ante terceros.

Esta legislación deficitaria ha traído en la práctica, que los acuerdos de coexistencia involucrando únicamente el “uso” de marcas idénticas o similares, no hayan sido registrados en las oficinas nacionales.

La regulación de los acuerdos para que pudiera considerarse útil debería permitir además el registro coexistente de las marcas objeto del acuerdo. De tal manera que los titulares de marcas idénticas o similares dentro de la subregión, sólo pudieran obtener registros coexistentes, cuando se registrarán asimismo acuerdos entre las partes que no conllevaran la confusión de los consumidores y no atentaran contra la libre competencia. Por otra parte supeditar la efectividad del acuerdo entre las partes a su registro.

Establece asimismo la norma, que no podrán ejercerse los derechos marcarios, frente a productos introducidos con una marca idéntica o similar registrada en otro país de la subregión, cuando el titular de la marca en el país importador no la esté usando, sin que exista una razón

que justifique su inacción. Este evento podría tenerse como una excepción al ejercicio de los derechos marcarios en aras del libre flujo de mercaderías. Sin embargo, lo vemos más bien como una consecuencia desfavorable para quien no utiliza una marca registrada. Debido a que no existiría una coexistencia de marcas idénticas dentro del mismo mercado territorial del país andino, es que se permite la libre entrada de productos. Por otra parte, sólo se permitirá la coexistencia de marcas en el territorio de un mismo país andino por parte de titulares diferentes, cuando exista un acuerdo entre dichos titulares.

Si el titular de la marca en el país importador pretende impedir la comercialización de los productos provenientes de otro país de la subregión, deberá demostrar que se encuentra usándola en el territorio de dicho país, ya que el uso en otro país del Pacto Andino o para exportación a otros países, no es suficiente para impedir la comercialización de los productos.

Surge sin embargo un interrogante que no ha sido dilucidado por la norma y que en la práctica comercial ha generado muchas dudas y controversias: ¿qué sucede en el evento en que los productos sean introducidos en el mercado nacional de los países miembros, cuando la marca del titular del país importador no se esté usando y empieza a ser usada con posterioridad a la entrada de productos provenientes de otro país de la subregión? No prevé la norma que el uso de la marca deberá acreditarse con anterioridad a la primera entrada de los productos importados al mercado, sino que establece únicamente que no se podrá prohibir su entrada en caso de que la marca no esté siendo utilizada. Entendemos entonces que cuando la marca se encuentre en uso ya sea antes o después de que se hayan introducido productos provenientes de otro país de la subregión, podrán hacerse efectivos los derechos marcarios. Como afirmábamos con anterioridad, la disposición no prevé que los derechos marcarios deban ceder frente a la garantía del libre flujo de mercancías. Simplemente establece que en caso de no haber uso de la marca en el país importador, debido a que no se presentaría coexistencia marcaria, no deben poder hacerse efectivos los derechos derivados del registro. Por el contrario, si la marca empieza a ser usada y los derechos derivados del registro de marca continúan vigentes, podrán hacerse efectivos frente a la entrada de productos provenientes de un titular diferente e identificados con una marca idéntica o similar a la registrada.

En mi opinión esta falta de previsión debe dilucidarse atendiendo al espíritu de la norma, cual es el de defender los derechos del titular nacional de la marca, frente a las importaciones de productos de origen diferente y distinguidos con una marca idéntica o similar. Priman los derechos del titular del registro, frente a la garantía del libre flujo de productos dentro del mercado subregional. Se sitúa al importador en una situación de infractor si no logra cancelar o de otra forma invalidar el registro de la marca en ese determinado territorio.

CADUCIDAD DE LAS MARCAS POR FALTA DE USO

El principio de la obligación de utilizar una marca registrada ha sido reconocido por la doctrina internacional. La mayoría de las legislaciones internas de los países, reconocen que esta obligación se deriva de la naturaleza misma de la marca. Para efectos de su cumplimiento se han planteado tres tipos de sanciones diferentes:

- a) La imposibilidad de obtener la renovación de la marca si no se demuestra el uso de la misma.
- b) La imposibilidad de intentar una acción contra un usurpador si no se demuestra el uso de la marca usurpada.
- c) La caducidad de la marca que no se usa.

Planeamiento del problema

Dentro de un sistema de integración, la obligación del uso de la marca registrada se encuentra justificada, no sólo por la función misma de la marca en su sentido jurídico y económico, cual es el de distinguir en el comercio determinados productos o servicios, sino además como mecanismo para evitar que la permanencia en los registros de marcas no usadas impida el libre comercio de mercancías.

El legislador andino debió establecer esta obligación y los límites a la misma, para evitar que el libre comercio se viera afectado por situaciones comunes, tales como:

- El registro de una marca en un país de la subregión con el único fin de bloquear la entrada de un competidor, titular de la misma marca en otro país andino.
- La posibilidad de mantener la vigencia de un registro en cualquier país de la subregión con el mero uso de la misma en un solo país. De tal manera que las empresas puedan planificar al largo plazo la comercialización de sus productos en todos los países andinos y que ésta no se vea impedida en el futuro, por la existencia de registros de diferentes propietarios en los otros países miembros.

Solución adoptada por la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena

Teniendo en cuenta que muchas de las situaciones de este tipo se presentan como un abuso del derecho sobre la marca, la Decisión 344 reguló el uso y la cancelación del registro de las marcas por falta de uso en la subregión así:

“Artículo 108. La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada, cuando sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los países miembros, por su titular o por el licenciatario de éste, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de infracción, de observación o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada.

Se entenderán como medios de prueba sobre la utilización de la marca los siguientes:

1. Las facturas comerciales que demuestren la regularidad y la cantidad de comercialización al menos durante el año anterior a la fecha de iniciación de la acción de cancelación por no uso de la marca.
2. Los inventarios de las mercancías identificadas con la marca cuya existencia se encuentre certificada por una firma de auditores que demuestre regularidad en la

producción o en las ventas, al menos durante el año anterior a la fecha de iniciación de la acción de cancelación por no uso de la marca.

3. Cualquier otro medio de prueba permitido por la legislación del país miembro donde se solicite la cancelación.

La prueba del uso de la marca corresponderá al titular del registro.

El registro no podrá cancelarse cuando el titular demuestre que la falta de uso se debió a fuerza mayor, caso fortuito o restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes y servicios protegidos por la marca.

Artículo 109. Recibida una solicitud de cancelación, la oficina nacional competente notificará al titular de la marca registrada para que dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de la notificación, haga valer los alegatos que estime convenientes a fin de probar el uso de la marca.

Vencido el plazo al que se refiere este artículo, la oficina nacional competente decidirá sobre la cancelación o no del registro de la marca, lo cual notificará a las partes, mediante resolución debidamente motivada

Artículo 110. Se entenderá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado.

También se considerará usada una marca, cuando distinga productos destinados exclusivamente a la exportación desde cualquiera de los países miembros, según lo establecido en el párrafo anterior.

El uso de una marca en modo tal que difiera de la forma en que fue registrada sólo en cuanto a detalles o elementos que no alteren su carácter distintivo, no motivará la cancelación del registro por falta de uso, ni disminuirá la protección que corresponda a la marca.

Los artículos citados dejan claro que la legislación comunitaria andina escogió como sanción al no uso de la marca registrada su

cancelación. Se consagró además la posibilidad de utilizar dicho mecanismo como defensa ante un procedimiento de infracción, observación o nulidad iniciados con base en la marca no usada.

Las características principales del uso considerado como suficiente para mantener el derecho en los países andinos, son las siguientes:

- **Naturaleza:** se trata de un uso de acuerdo a la función misma de la marca, donde ésta debe aplicarse a los productos fabricados o vendidos, o a los servicios proveídos ya sea que dicha función se cumpla dentro de cualquier país de la subregión o tenga como fin distinguir productos destinados exclusivamente a la exportación desde cualquier país del Pacto Andino. Sin embargo, el artículo exige además, que los productos que la marca distinga deben encontrarse en el comercio, en la cantidad y modo que normalmente corresponde, de acuerdo a la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades de mercadeo que se utilicen para los mismos. Este concepto de “cantidad y modo” no es de fácil definición y depende en la práctica de muchos factores tales como el tamaño y solvencia de la empresa o titular de la marca. En todo caso de acuerdo a la definición, un uso meramente publicitario no podría ser considerado uso.
- **Forma de la marca explotada:** la norma dispone que la marca puede utilizarse bajo una forma distinta a la que fue registrada, con la única condición que los elementos que determinen el carácter distintivo de la misma, se mantengan en la modificación. Si el signo registrado es mixto podríamos concluir de acuerdo a esta disposición, que si se utiliza un solo elemento del mismo y éste tiene un carácter esencial sobre la marca, tal uso será suficiente.
- **Productos o servicios que distingue la marca:** la marca debe ser utilizada en los productos o servicios que ella distingue. Sin embargo, si la marca se encuentra registrada para varios productos o para todos los productos de una clase, la norma no hace ninguna referencia sobre si el uso en algunos de tales productos es suficiente para mantener el registro sobre todos los productos que aparezcan en el mismo. Al respecto en Colombia ya encontramos decisiones donde la explotación parcial ha conducido a la

cancelación parcial del registro. Sin embargo, consideramos que el uso de una marca en un solo producto, debería bastar para mantener el registro respecto de todos los productos cuyo uso por parte de un tercero pudiesen perjudicar al titular de la marca. Este punto necesariamente requiere de una interpretación por parte del Tribunal Andino de Justicia, que permita definir un criterio claro y uniforme al respecto.

- Lugar del uso: como ya lo mencionamos, el uso válido de la marca puede darse no sólo dentro del país donde se encuentra registrada, sino dentro de cualquiera de los países del Pacto Andino. Además la utilización de la marca para productos destinados únicamente a la exportación desde un país de la subregión, también es considerada uso de acuerdo con la norma.
- Autor de la explotación: la marca debe ser usada por su titular o un licenciataria de éste. De acuerdo con el artículo 117 de la Decisión 344, existe la obligación de registrar los contratos de licencia ante el organismo competente del respectivo país miembro. Sin embargo en el Perú mediante decreto, fue modificada esta obligación y el uso por un licenciataria no registrado es considerado suficiente. En consecuencia, la forma de demostrar el uso por parte de un licenciataria variará de un país a otro.

En los casos en que a las marcas registradas no se les dé un uso de acuerdo con las características mencionadas, está prevista la acción de cancelación del registro con las siguientes particularidades:

- No se trata de un mecanismo automático sino de una actuación administrativa que se surte ante la oficina nacional competente de cada país, donde se permite demostrar el uso o presentar una excusa por la falta del mismo.
- Se trata de una acción que puede ser intentada por cualquier persona interesada. Lo que significa que quien solicita la cancelación debe demostrar un interés legítimo tal como poseer una marca en conflicto con la marca cuya cancelación se pretende, o ser un competidor del titular. No puede intentarse con fines dolosos o por el solo hecho de dañar.

- Puede ser una acción principal o una acción de defensa frente a una acción principal de infracción, nulidad u observación. Si se utiliza como defensa deberá intentarse dentro del término de contestación de la acción principal.
- Como para quien solicita la cancelación es imposible demostrar un hecho negativo, cual es que la marca no ha sido usada en determinado período de tiempo, la carga de la prueba se encuentra invertida y es el titular del registro quien debe demostrar que la marca se encuentra en uso. Desde el punto de vista práctico esto hace necesario que los titulares de marcas mantengan un récord de los elementos de prueba relativos al uso de las mismas.
- En cuanto a la oportunidad para intentarla, el interesado debe hacerlo una vez la marca cuya cancelación se pretende, no hubiese sido utilizada por lo menos durante tres años consecutivos anteriores a la acción.
- Los efectos de la cancelación son absolutos es decir, *erga omnes*, ya que si el derecho sobre la marca es oponible a todos, la cancelación de la misma priva a su titular de su derecho frente a cualquiera.

La legislación comunitaria prevé dos posibles medios de defensa en contra de la acción de cancelación:

- a) Demostrar el uso de la marca, conforme a la definición del mismo que detallamos anteriormente, para lo cual cualquier medio de prueba es válido ya que se trata de un hecho. Sin embargo de manera enunciativa, el artículo 108 de la Decisión 344 menciona como medios idóneos los siguientes:
 1. Las facturas comerciales que demuestren la regularidad y la cantidad de comercialización al menos durante el año anterior a la fecha de iniciación de la acción de cancelación por no uso de la marca.

2. Los inventarios de las mercancías identificadas con la marca cuya existencia se encuentre certificada por una firma de auditores que demuestre regularidad en la producción o en las ventas, al menos durante el año anterior a la fecha de iniciación de la acción de cancelación por no uso de la marca.

- b) Demostrar una excusa legítima que justifique la falta de uso, para lo cual el artículo 108 de la Decisión 344 establece taxativamente como tales: la fuerza mayor, el caso fortuito, las restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes y servicios protegidos por la marca. El titular debe entonces haber agotado todo esfuerzo razonable para realizar la explotación y a pesar de esto haber encontrado un impedimento que lo imposibilitó. La prueba de la excusa legítima obviamente corresponde al titular, quien no sólo la deberá mencionar, sino además probar que se presentó por lo menos dentro del período de los tres años anteriores a la solicitud de cancelación.

A pesar de que la Decisión 344 se encuentra en vigencia desde el 1° de enero de 1994, hace menos de tres años, muchas marcas registradas ya han sido canceladas por no uso. A diferencia de otros países, en la subregión andina se consideró que tales acciones de cancelación eran procedentes a partir de la entrada en vigencia de la Decisión. Sin embargo la cancelación, como hemos visto, opera por la falta de uso de la marca registrada dentro de los tres años anteriores a que se inicie la acción. En consecuencia, sí se puede iniciar una acción de cancelación, desde el 1° de enero de 1994, con ella se cubriría el uso de la marca durante los tres años anteriores a la vigencia de la Decisión 344. Cabe preguntarse si la norma puede entrar a regular situaciones de hecho anteriores a su vigencia. La solución ha sido la de dar aplicación a la disposición transitoria primera de dicha Decisión 344, que establece que en materia de uso de marcas registradas con anterioridad a su vigencia, se aplicará la decisión inmediatamente, no obstante esto permita la retroactividad de la norma. Esta interpretación sin embargo, va en contra de los principios generales del derecho, en lo que se refiere a los derechos adquiridos, pues el titular de una marca registrada, conforme a la legislación anterior, conservaba su derecho independientemente del uso.

IMPORTACIONES PARALELAS O VENTAS GRISES

En términos generales se entiende por importaciones paralelas o ventas grises, las importaciones de productos distinguidos legítimamente con una marca registrada en el país importador y que se venden de manera competitiva con productos vendidos en dicho país por los titulares de la misma marca, sus distribuidores o legítimos licenciarios. Como éste documento está referido a la subregión andina, trataremos la regulación de las importaciones paralelas provenientes de los países del Pacto Andino dentro de la misma subregión.

Planteamiento del problema

El problema que surge con relación a las importaciones paralelas radica en determinar si el titular de la marca registrada en el país importador, puede ejercer o no válidamente sus derechos marcarios, frente a las importaciones de productos legítimamente marcados e introducidos en el comercio sin su consentimiento.

Las soluciones que adopte una legislación comunitaria, deben buscar el equilibrio entre los derechos de exclusividad garantizados al titular de un registro de marca y el libre flujo de bienes dentro del área que pretende alcanzar un mercado común. La principal meta de la integración andina es alcanzar dicho mercado común, por lo que los derechos marcarios se verán limitados en aras del libre flujo de mercancías.

Los derechos otorgados al titular de una marca se justifican en la medida en que eviten que los consumidores sean engañados sobre la procedencia y calidad del producto. Esta será entonces la medida que determinará el alcance que debe darse a los derechos de exclusividad adquiridos por el titular de una marca. En el caso de las importaciones paralelas nos encontramos frente a productos legítimamente marcados, no se trata por lo tanto de un problema de piratería marcaria, son productos que llevan la marca proveniente de su titular, licenciario o persona autorizada y que por lo tanto no representan un engaño a los consumidores sobre el origen de los productos. En esta medida no se justifica la extensión de los derechos marcarios frente a las importaciones paralelas.

Sin embargo existen diversas teorías sobre los límites que deben darse a los derechos de exclusividad sobre la marca. En primer lugar

encontramos la teoría del derecho absoluto conocida por los franceses como *droit de suite* y en segundo lugar la teoría del agotamiento del derecho.

La teoría del derecho absoluto considera que el titular de una marca conserva su derecho hasta tanto el objeto marcado no haya llegado a manos de quien lo va a consumir. En consecuencia, dicho titular podrá reglamentar el uso y reventa de los productos marcados. La teoría del agotamiento, a su turno, implica la pérdida de los derechos sobre la marca, una vez los productos hayan sido puestos por primera vez en el mercado.

Otra consideración que surge a partir de la teoría del agotamiento del derecho, es la de determinar si éste opera tan sólo por la puesta en venta del producto en el ámbito nacional o si también se verifica por la puesta en venta en el mercado internacional.

Dentro de este contexto se ubican las importaciones paralelas. En un régimen de derecho comunitario que propende por un mercado común, el problema tiene que mirarse desde el punto de vista internacional, por lo tanto sí se acoge la teoría del agotamiento del derecho sobre la marca, es decir que el derecho se entiende extinguido por la primera puesta en venta del producto en el mercado, se debe entender que cubre tanto la venta del producto dentro del país de origen, como su exportación, es decir la introducción del producto mediante su venta en el comercio nacional de cualquier país de la subregión.

En este orden de ideas, quedan cobijadas bajo el concepto de importaciones paralelas o ventas grises, las siguientes situaciones fácticas, las cuales por su prevalencia práctica traemos a manera de ejemplo:

1. Un productor colombiano cuya marca se encuentra registrada en Colombia, exporta sus productos marcados al Ecuador. Un tercer comprador ecuatoriano introduce nuevamente los productos a Colombia y los vende en competencia con los productos marcados del titular colombiano.
2. En una segunda hipótesis, el titular de una marca en Colombia, autoriza la fabricación y venta de productos marcados con su marca en el Ecuador. Un tercero adquiere los productos en este segundo país y los introduce en el mercado colombiano en competencia con los productos del titular de la marca en Colombia.

3. El tercer caso contempla el evento en que el titular de la marca en Colombia autoriza la fabricación y puesta en venta en el Ecuador de productos marcados con su marca. Por otro lado un tercero adquiere productos legítimamente marcados por el titular en Colombia y los vende de manera competitiva con los productos vendidos por el licenciatario o distribuidor autorizado en el Ecuador.

¿Se encuentran agotados en estos casos los derechos marcarios del titular colombiano para impedir la venta de los productos provenientes del Ecuador? ¿También lo estarán los derechos del licenciatario o distribuidor autorizado, para impedir la venta de los productos provenientes de Colombia?

Solución adoptada por la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena

La solución que trae la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena se encuentra incorporada en su artículo 106, que a la letra dice:

“Artículo 106. El derecho conferido por el registro de la marca no concede a su titular la posibilidad de prohibir a un tercero la utilización de la misma, con relación a los productos marcados de dicho titular, su licenciatario o alguna otra persona autorizada para ello, que hubiesen sido vendidos o de otro modo introducidos lícitamente en el comercio nacional de cualquier país por estos, siempre y cuando las características de los productos no hubiesen sido modificadas o alteradas durante su comercialización”.

Esta disposición consagra el agotamiento de los derechos marcarios por la puesta en el comercio nacional de cualquier país, de los productos provenientes del titular de la marca, su licenciatario o una persona autorizada para ello. El agotamiento de derechos consagrado, se extiende al ámbito internacional ya que la venta en cualquier país extingue los derechos. Por lo tanto no sólo se limitó el agotamiento al campo de la subregión andina, sino que se extendió al mercado internacional. Por otra parte hay que advertir que tanto el propietario de la marca extingue sus derechos por la primera puesta en venta del producto en el comercio de cualquier país, así como los extingue la puesta en el comercio hecha

por parte del licenciatario o de persona autorizada para ello. Se trata pues de una limitación bastante amplia a los derechos del titular de un registro de marca. En consecuencia, no pretende la disposición garantizar tan sólo el libre flujo de bienes dentro de la subregión, sino que el agotamiento opera de manera general para terceros países.

En las tres hipótesis planteadas anteriormente, de conformidad con la norma trascrita, el derecho del titular se encuentra agotado y no podrá ejercerse válidamente contra las importaciones competitivas, tampoco podrá ejercerlo el licenciatario frente a las importaciones paralelas de productos provenientes del titular. Consagra la norma sin embargo, un evento de excepción, cuando las características de los productos hayan sido modificadas o alteradas durante la comercialización.

Sobre este último punto, cabe asimismo resaltar qué debe entenderse por modificación o alteración de las características del producto, cuestión que no ha sido definida específicamente por la norma. Se podrían generar situaciones tales como la simple alteración de los empaques o reenvasado de los productos importados paralelamente. Para estos casos concluimos que se trata de elementos de hecho que deberán ser estudiados particularmente por las autoridades nacionales de los países miembros.

En conclusión, la teoría del agotamiento consagrada por la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, es internacional y no sólo subregional. No podrán hacerse valer los derechos del titular de una marca frente a importaciones paralelas provenientes de cualquier país del mundo. Esta consagración implica una limitación bastante amplia de los derechos del titular de un registro, que no se orienta específicamente a la consecución del libre flujo de mercaderías dentro de la subregión. La orientación de la norma está mirando sólo a la protección del consumidor, de tal manera que el ejercicio de los derechos de exclusividad del titular de una marca, sólo se justifican cuando los productos vendidos sean capaces de confundir o engañar a los compradores. Como en el caso de las importaciones paralelas los productos tienen un origen común, sólo habrá posibilidad de ejercer las acciones marcarias cuando las características de los mismos hayan sido modificadas durante la comercialización, en cuyo caso sí se defraudaría o confundiría a los consumidores sobre la calidad de los productos.

Por otra parte, el agotamiento del derecho no operará si la marca ha sido utilizada ilegítimamente, es decir, que los productos no provengan del titular, su licenciatario o persona autorizada. En estos eventos

estaremos frente a una situación de infracción marcaria. El problema de las importaciones paralelas queda restringido pues, a productos cuyo origen es el mismo y que han sido puestos y adquiridos legítimamente en el mercado nacional de cualquier país y reintroducidos al país de origen.

CONCLUSIONES

Los derechos marcarios como derechos de exclusividad que son, pueden representar un obstáculo para el libre flujo de mercancías entre países. Dado el carácter territorial de los mismos, el titular de una marca en un país, no tendrá garantizado el derecho a usarla en otro país, pudiendo ser impedida la comercialización de sus productos por parte del titular de la marca en el país importador. Sin embargo, también es cierto que la comercialización de productos entre países se incentiva, en la medida en que los derechos de propiedad industrial sean protegidos de manera uniforme en los diferentes países. Con base en estas consideraciones, vemos que el uso legítimo de las marcas en los procesos de integración debe estar regulado del tal manera que se encuentre el debido equilibrio entre los derechos conferidos al titular en el ámbito nacional y el impedimento de obstáculos derivados de estos derechos frente al libre flujo de mercancías.

Si dentro de la subregión andina, los derechos marcarios se adquieren por el registro, cabe analizar la cuestión desde dos frentes, el derecho al registro y el derecho al uso de marcas iguales o similares dentro del mercado común, por parte de titulares diferentes.

Nuestra legislación andina no permite en ningún caso la coexistencia registral de marcas idénticas o similares dentro del ámbito nacional. También propende porque sea el mismo titular quien registre la misma marca en los diferentes países andinos. De esta manera se tratan de evitar situaciones de coexistencia de registros sobre la misma marca por parte de titulares diferentes, en los diferentes países andinos. Al evitar que existan titulares distintos para marcas idénticas en la subregión, se evita asimismo el problema del impedimento de comercialización de productos entre los países, con ocasión del ejercicio de los derechos marcarios.

Si es el mismo titular quien tiene registrada su marca en los diferentes países, no habrá lugar a infracciones marcarias ni a confusión de los

consumidores. Esta meta se pretende obtener con la llamada oposición andina.

Por su parte, el uso de marcas idénticas o similares de propiedad de titulares diferentes cuya protección se haya obtenido en diferentes países de la subregión, no está permitida dentro del comercio de un mismo país miembro. Sólo cuando los titulares de ambas marcas llegan a un acuerdo de coexistencia, es que podrán introducirse en un mercado nacional, productos marcados con una marca idéntica o similar provenientes de otro titular y país miembro. La existencia de estos acuerdos es muy rara en la práctica, por cuanto se trata de empresas competidoras las cuales aprovecharán sus derechos marcarios para impedir la entrada de productos competidores.

Sin embargo, podrán introducirse en el mercado nacional de cualquier país productos designados con una marca protegida en el país importador, si la marca no se encuentra en uso por parte de su titular. En este evento, tampoco hay una coexistencia de uso, pues la marca originaria del país importador, no estará usándose simultáneamente con la marca del tercero exportador.

En lo que concierne al uso de una marca registrada en cualquiera de los países andinos, éste se ha tratado en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, como una obligación que puede cumplirse en cualquier país de la subregión. No se contempla como un requisito para la renovación de un registro de marca, pero la falta de uso puede dar origen a una acción de cancelación, la cual puede ser utilizada también por un tercero como defensa en un procedimiento de infracción, de oposición o de nulidad, instaurado con base en la marca no usada.

El libre flujo de productos junto con la coexistencia de uso de la misma marca dentro de un país de la subregión, esta únicamente previsto para el caso de las importaciones paralelas, ya que en estos eventos se trata de productos de origen común, es decir provenientes del mismo titular, su licenciatario o una persona autorizada para comercializarlos.

PERSPECTIVA DEL SECTOR PRIVADO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE LA COMPETENCIA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES ANTIMONOPOLÍSTICAS NACIONALES, EN UN CONTEXTO DE COMERCIO INTERNACIONAL¹

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

El presente documento pretende ilustrar la perspectiva del sector privado colombiano sobre la efectividad de la aplicación de la política de la competencia por parte de las autoridades antimonopolísticas locales, en un escenario de apertura al comercio internacional.

En relación con este tema se pueden señalar los siguientes puntos:

1. Los dos grandes problemas del derecho de la competencia en Colombia, son los siguientes: El de la dispersión desde el punto de vista normativo e institucional y el de la multiplicidad de autoridades antimonopolísticas.

-
- 1 Ponencia presentada dentro del foro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— sobre la "Economía de los mercados emergentes. Ronda de trabajo sobre política de competencia y su aplicación". Buenos Aires, Argentina, octubre 28 de 1996. El autor agradece especialmente los comentarios y aportes que el doctor Gabriel Ibarra Pardo hizo al presente documento.
 - 2 Abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de Los Andes. *Master* en derecho económico comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de derecho de la competencia en las Universidades Javeriana y de Los Andes. Asesor del ministro de Desarrollo de Colombia en asuntos de competencia. Consultor privado.

2. En Colombia existe una gran ausencia de cultura de la competencia. Lo anterior se percibe especialmente en el sector privado y aun en el medio académico. Y resulta apenas natural, si se tiene en cuenta que la economía colombiana estuvo cerrada durante muchos años y sólo hasta hace poco tiempo se inició el proceso de apertura económica.

La ancestral mentalidad proteccionista, y la novedad de la materia ha determinado que en algunas ocasiones el tema de la competencia comercial no sólo se mire con relativa indiferencia, sino a veces con algo de desconfianza por parte de la comunidad de negocios. A lo anterior se suma el hecho de que la estructura industrial colombiana es bastante concentrada y los industriales perciben que una legislación que no tenga unos parámetros muy claros puede convertirse en una amenaza, en vez de ser una herramienta para promover la iniciativa privada.

Con la internacionalización de la economía cobran especial importancia las normas sobre libre competencia, máxime si se tiene en cuenta que los países del Pacto Andino, dentro de los cuales se encuentran Colombia y Venezuela, han comenzado a celebrar una serie de convenios comerciales con países ajenos a la subregión, lo que implica que en algunas ocasiones se adquieran compromisos incoherentes, que distorsionan las condiciones de competencia. Es el caso por ejemplo de las ventajas conferidas a terceros países que a su vez han llevado a introducir elementos ajenos a un esquema de integración, pero indispensables para tratar de restablecer las condiciones de competencia vulneradas por la falta de disciplina de los países en el cumplimiento de sus compromisos. Nos referimos a los derechos correctivos contenidos en las Decisiones 370 y 371 del Acuerdo de Cartagena.

Puede entonces en principio preverse que la incoherencia de los convenios comerciales, se constituirá en uno de los factores más perturbadores de la libre competencia en el futuro de las relaciones comerciales de Colombia con sus socios. Y es que en el afán por concluir todo tipo de acuerdos (G3, acuerdo bilateral con Chile, MERCOSUR, etc.) el tema de la competencia comercial ha

sido relegado a un segundo plano por no decir que ha sido completamente olvidado.

En todo este proceso, el sector privado ha jugado un papel en extremo pasivo en lo que al tema de la promoción de competencia se refiere, fundamentalmente por desconfianza y falta de conocimiento del tema.

3. Puede afirmarse que la experiencia del sector privado con otras agencias de promoción de la competencia diferentes de la colombiana es prácticamente inexistente, aunque se están haciendo exploraciones para promover la aplicación del derecho antimonopolístico norteamericano, con base en los *Guidelines for international operations* expedido por la División anti *trust* del Departamento de Justicia de ese país. Los casos que se han presentado a nivel internacional se han manejado a través de medidas de política comercial como el anti *dumping* y las salvaguardias, en el caso del Pacto Andino. Lo anterior no es más que una consecuencia natural de la falta de reglas de juego a nivel internacional para hacer frente a las prácticas restrictivas de la competencia.

Aparte de los casos sobre salvaguardias y anti *dumping*, se han presentado algunos casos de prácticas restrictivas de la competencia ante la junta del Acuerdo de Cartagena, especialmente en el sector del azúcar y el arroz. Muy recientemente, Colombia ha aplicado una cláusula de salvaguardia, con el fin de proteger su mercado de las maderas ecuatorianas.

Puede entonces concluirse que el interés del sector privado colombiano ha estado enfocado en defenderse de las prácticas restrictivas a través de medidas de política comercial y no de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, lo cual no siempre resulta constructivo desde el punto de vista del derecho de la competencia, ya que como se sabe, son las mismas normas de política comercial de los Estados, las que muchas veces estimulan y promueven las prácticas restrictivas de la competencia.

En cuanto al sector exportador, con excepción tal vez de ASOCOLFLORES, no hay ningún interés, ni siquiera preocupación por la posibilidad de que a la industria colombiana se le pueda aplicar de manera extraterritorial la ley de otros países.

4. Dado su desconocimiento del tema de la competencia, la comunidad de negocios no tiene una posición sobre el tema de la cooperación entre agencias de la competencia de diferentes países. Es probable sin embargo, que este tipo de iniciativas sean bienvenidas sobre todo en situaciones donde la industria puede verse amenazada por carteles de exportación, como sucedió en el caso de los fertilizantes químicos en Colombia, en el cual uno de los principales problemas se centró en la dificultad para conseguir información y el costo de la misma.

Teniendo en cuenta la complejidad y carácter técnico que muchas veces reviste el tema de la libre competencia, es necesario realizar un esfuerzo de divulgación de los conceptos y educación de la comunidad de negocios.

5. En cuanto a la promoción de la competencia a nivel local, es necesario hacer mención de la importancia que tiene la gestión que desarrolle la autoridad de la competencia para la credibilidad del sistema. Es evidente que la mejor labor educativa consiste en comenzar a producir resultados. Es necesario que las autoridades de la competencia comiencen a tomar decisiones rápidas y que se pronuncien sobre el fondo de los asuntos con seriedad y claridad, sentando doctrinas coherentes que le den al tema la importancia que tiene, de tal manera que el sector privado tenga una percepción consistente y unas reglas de juego claras en materia de libre competencia.

6. Finalmente, es preciso hacer mención a la necesidad de lograr una mayor comunicación entre las agencias de los países del Pacto Andino. Adicionalmente, es necesario armonizar criterios y promover la uniformidad en las legislaciones. De los países del Acuerdo de Cartagena, Bolivia y Ecuador carecen de legislación sobre el tema.

En Colombia la legislación es en extremo dispersa y no existe una autoridad con capacidad para unificar criterios, a lo cual se suma el hecho de que las instancias a las que se puede acudir son casi inoperantes, dado el desconocimiento que las cortes tienen del tema.

Es necesario dotar a la autoridad de la competencia de una mayor independencia y de canales formales de comunicación y cooperación con las demás autoridades del Pacto Andino y de otros países.

TALLER TITULADO: «CASO AUTOMÓVILES»

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

METODOLOGÍA

- a. El caso deberá ser resuelto en grupos de cuatro (4) personas.
- b. Debe ser entregado al Dr. Alfonso Miranda Londoño el día en de la fecha puestas en común.
- c. Respeto por el *rol* asignado. Los estudiantes deberán producir sus respuestas estrictamente desde el punto de vista del *rol* que se les asigne en el ejercicio. El análisis que se haga sobre cada uno de los interrogantes deberá ser profundo, claro y perfectamente sustentado en las disposiciones jurídicas a su alcance.
- d. Las respuestas deberán entregarse dividiendo el texto en dos capítulos, así:

I. *Conclusiones*. En el cual expresarán de manera sintética la respuesta a la que han llegado en cada una de las seis (6) preguntas. Para ello no deberá utilizar más de cuatro (4) renglones por respuesta.

II. *Sustentación*. En el cual expondrán los distintos argumentos que respaldan sus conclusiones. En este punto deben expresar el fundamento jurídico y las normas en que se basan sus apreciaciones, de lo contrario el estudio realizado carecerá de valor.

Este capítulo estará claramente dividido en seis (6) secciones, correspondiente a cada una de las respuestas.

PLANTEAMIENTO

La sociedad «Siciliana de Automóviles —SICAR—», representada legalmente hasta hace unos años por el señor Allegro Festiva y actualmente por su hijo primogénito Don Máximo, es una sociedad ampliamente conocida en el territorio nacional que se dedica a la promoción independiente de toda clase de negocios relacionados con vehículos, tractores, maquinaria agrícola, repuestos y accesorios.

Gracias a su gran capacidad negociadora, adquirió desde hace veintiséis (26) años la concesión y representación de la red «MARZORATTI», empresa que se dedica fundamentalmente al ensamblaje de automóviles en la región andina, con tecnología italiana, y con base en Colombia.

Las relaciones entre ambas empresas habían sido bastante buenas principalmente por las grandes utilidades que repartían entre ellas. Sin embargo, como consecuencia de la política de apertura económica, el sector automotriz sufrió serios trastornos, entre ellos la presencia de nuevas marcas importadas en el mercado, que gozan de un magnífico programa de producción en su país de origen, lo cual les permite ofrecer precios sorprendentemente bajos por un muy buen producto.

La SICAR, se ha visto seriamente afectada por estas y otras circunstancias como la muerte de su gerente y fundador, Don Allegro, quien manejó por más de cuarenta y cinco (45) años la compañía. Los efectos han sido tan evidentes, que desde hace aproximadamente cuatro (4) años, las ventas de SICAR se han reducido en cerca del treinta y cinco por ciento (35%) lo cual desagrada enormemente a la MARZORATTI, quien ve disminuido su nivel de utilidades y, por otro lado, un considerable aumento de su inventario.

Por todo lo anterior, la MARZORATTI ha decidido revisar el contrato que tiene con SICAR y para ello ha acudido a su famosísima oficina de

asesorías jurídicas, “Galgano & Asociados”, cuyos integrantes son comercialistas de pura cepa. El gerente de la MARZORATTI, don Vito Marzoratti, descendiente directo del creador de la marca, la cual se hizo famosa durante la Segunda Guerra Mundial, fabricando tanques para el ejército italiano, que tenía cinco marchas hacia atrás y una hacia adelante con mucha preocupación y cierto grado de alteración, le informa durante el almuerzo con caneloni y vinotinto que no desea continuar suministrando vehículos y repuestos a SICAR, a pesar de todo lo que diga «ese ridículo contrato que lo único que hace es atar a la más importante empresa ensambladora del país con un mediocre representante; y que si Máximo Festiva fuera lo suficientemente hombre esto se arreglaría a la siciliana».

Al preguntarle por los antecedentes de esa relación contractual, él le dice que poco o nada sabe y que eso no tiene ninguna relevancia ahora, que simplemente lo pone al tanto de la existencia de una cláusula de exclusividad territorial a favor de SICAR para la zona de Bogotá, Cundinamarca y Boyacá. Agrega que esta situación se presenta con otros cuatro (4) representantes, quienes detentan cada uno la exclusividad en otras zonas estratégicas del país respectivamente.

Al estudiar el contrato, observa que efectivamente existe una cláusula que dispone:

«Territorio del contrato. *Marzoratti le confiere a SICAR*, con arreglo a las demás cláusulas contenidas en este contrato, el derecho exclusivo de venta en el territorio comprendido de Bogotá, Cundinamarca y Boyacá, en la República de Colombia ».

«Derechos y garantías. Los negocios que se mencionan en este contrato se le reservan a SICAR, por lo tanto MARZORATTI y las demás representaciones no podrán vender la mercancía objeto del contrato a personas o firmas que tengan su residencia exclusivamente en el territorio de SICAR. MARZORATTI y los demás representantes remitirán esas demandas de producto a DISCAM».

Con el análisis del contrato, usted descubre cláusulas de sumo interés para el desarrollo del concepto que le rendirá a la MARZORATTI. En este sentido, encuentra las siguientes cláusulas:

«Precios. SICAR se compromete a fijar, de acuerdo con la MARZORATTI, sus precios de ventas a clientes y las clases de promociones y rebajas para representantes delegados y a someter al criterio de la MARZORATTI el cálculo de dichos precios.

Habrá que notificar inmediatamente las eventuales modificaciones en los precios de ventas, quedando sujetos a las aprobación por parte de la MARZORATTI.

Si se llegara a efectuar alguna modificación sin la correspondiente aprobación de la MARZORATTI, SICAR pagará una multa equivalente al dos por ciento (2%) de las ventas netas del período mensual siguiente a la modificación de los precios».

«Volúmenes de negocio mínimo. SICAR se compromete a mantener constantemente un depósito de mercancías, objeto del contrato, apropiado de cantidad y surtido, a la importancia del negocio de la representación. También a encargar un surtido de piezas de repuesto de acuerdo con las directrices de la MARZORATTI y a mantener provisto el correspondiente depósito de piezas de repuesto. SICAR se obliga a procurar por todos los medios el nivel máximo de negociación de los productos objeto del contrato».

Y en fin, usted observa cómo la MARZORATTI puede dictar y hacer cumplir importantes directrices en relación con la organización, instalaciones y procedimientos utilizados por SICAR; en relación con la publicidad de los productos que vende SICAR; asimismo con la manera de llevar a cabo el mantenimiento de los automóviles, etc.

En la siguiente reunión con la joven y atractiva doctora Loretta Lombargin, gerente jurídica de la MARZORATTI y el señor Filippo Pausini, gerente de la representación de la zona sur, usted se entera que SICAR ha visto tan afectadas sus ventas que existen serios indicios de que ha comenzado a vender «por debajo de cuerda», a precios inferiores a los fijados, con promociones muy particulares y con un sistema de crédito que genera demasiada inseguridad tanto a SICAR como a las demás empresas que conforman la red. Todo ello atormenta muchísimo al representante de la zona sur, ya que las ventas en su región se han reducido en los últimos días sin claras razones.

También, se ha conocido que SICAR acaba de abrir nuevas oficinas en Ecuador, Perú y Bolivia con el fin de dispersar el riesgo que implica la apertura económica y la difícil situación económica y política por la que atraviesa Colombia. Y finalmente, le informan que SICAR intenta registrar en los mencionados países ésta y otras marcas de los automóviles que vende actualmente en su región, lo cual atemoriza a la MARZORATTI ya que sólo hasta hace unos meses sus abogados en dichos países han adelantando las gestiones para el registro de las marcas de sus nuevos productos pero la autoridad competente en cada

país aún no se ha pronunciado y parece que ese proceso es bastante lento.

PREGUNTAS

Conociendo las circunstancias en las cuales se han desarrollado los hechos, la MARZORATTI y el representante de la MARZORATTI en la zona sur, colomboecuadoriano en su afán por conocer la verdadera situación jurídica le preguntan:

¿En Colombia se encuentran prohibidas las prácticas restrictivas a la competencia comercial, la competencia desleal y se garantiza la propiedad industrial? ¿En qué normas sustenta su respuesta?

Analice cada una de las cláusulas trascritas y las situaciones reseñadas, confróntelas con la legislación vigente, expresando su opinión —jurídica— en relación con cada una de ellas.

Explique el curso de las acciones judiciales o administrativas que eventualmente podrían tomarse, precisando quiénes estarían legitimados para iniciar las correspondientes acciones, el procedimiento a seguir y las medidas a su alcance.

Indique la forma en la que se propiciarían las acciones judiciales o administrativas de las autoridades en el ámbito nacional o internacional, y las medidas y procedimientos que esas autoridades podrían adoptar.

En el campo práctico, ¿cuáles se le ocurren a usted que podrían ser las consecuencias de dichas acciones? Considere como práctico, todo aquello que puede producir modificaciones en estas relaciones contractuales y en el mercado automotriz. Estudie la situación de SICAR, de la MARZORATTI y la de los distribuidores y representantes nacionales y extranjeros.

Explique qué tipo de contrato existe entre la MARZORATTI y SICAR. Compare la figura contractual que considera como la indicada para el caso, con aquellas que presente similitudes. Sustente su respuesta en la legislación vigente.

TALLER TITULADO: «TIBURÓN GONZÁLEZ»

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

METODOLOGÍA Y REQUISITOS

El presente ejercicio práctico, está diseñado para que los estudiantes lo desarrollen teniendo en cuenta *de manera estricta* los siguientes parámetros:

Término. El ejercicio se entrega el día de la fecha puesta en común. Terminado el plazo señalado, no se recibirá ninguna respuesta.

Ejecución. El trabajo deberá ser ejecutado por cada estudiante de manera *individual*. Se *prohíbe* comentar el contenido de las respuestas. El paralelismo evidente en la forma de contestar o la igualdad en el tratamiento de las respuestas será penalizado de manera estricta.

Presentación. Las respuestas serán presentadas en hojas de tamaño carta y a máquina. Las respuestas no podrán tener una extensión superior a seis (6) páginas escritas a un solo espacio.

Respeto por los roles asignados. Los estudiantes deberán producir sus respuestas *estrictamente* desde el punto de vista de los roles que se les asignen en el ejercicio.

Contenido de la respuesta. Al elaborar sus respuestas, los estudiantes deberán citar de manera expresa los fundamentos jurídicos y las normas en que se basan sus apreciaciones. La investigación deberá profundizar en los temas propuestos y no podrá limitarse a la bibliografía entregada o mencionada dentro del módulo.

EL CASO DEL TIBURÓN GONZÁLEZ

El «Tiburón González» (en adelante TG) es uno de los hombres más ricos y poderosos del país. Gracias a su portentoso ingenio y capacidad de trabajo, ha logrado construir un imperio económico que mantiene el control sobre empresas tan importantes como el «Banco Agroindustrial»; la «Compañía de Seguros del Cóndor S.A.»; la fábrica de juguetes «El Osito S.A.»; la compañía de trasportes de carga «El Rey Ltda.»; la cadena de almacenes «El Niño de Papá Ltda.»; y muchas otras.

En la actualidad TG se encuentra interesado en adquirir el control interno o jurídico sobre la «Fábrica de Plásticos S.A.», sociedad anónima abierta cuyas acciones se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores, para lo cual ha contratado los servicios de su prestigiosa firma de abogados «Comercialistas Especializados Ltda.», y usted, en su carácter de experto en tomas de control, ha sido escogido para asesorar a TG en su lucha por el control de la sociedad blanco del ataque.

En su primera reunión de negocios, TG le explica su estrategia de ataque y usted debe rendirle *concepto jurídico* sobre la viabilidad del mismo. Su concepto jurídico deberá referirse a todos y cada uno de los aspectos legales de la operación. El plan de TG se basa en los siguientes puntos fundamentales:

- a) La intención de TG es apoderarse en un plazo no mayor de seis (6) meses, de 50% de las acciones comunes de la sociedad atacada, con el objeto de aprovechar el potencial «sinérgico» que se producirá de seguro entre dicha empresa y «El Osito S.A.» con la que luego deberá fusionarse. Esta operación le permitirá a TG obtener mejores rendimientos en «El Rey Ltda.» y «El Niño de Papá Ltda.». Aunque la sociedad escogida para el ataque tiene dentro de su capital 100.000 acciones con derecho a dividendo preferencial y sin derecho a voto, TG no se encuentra interesado en dirigir su oferta a estos accionistas.
- b) La idea de TG es comprar por lo menos el 20% de las acciones de la sociedad atacada antes de lanzar una oferta pública sobre el 30% de las acciones que le haría falta para completar el control sobre el 50% del capital. Para lograrlo, ha decidido ordenarle a algunas de sus empresas que compren acciones en la siguiente forma:

- La Compañía de Seguros del Cóndor S.A. adquirirá en bolsa el 5%.
- El Osito S.A. adquirirá en bolsa el 5%.
- El Rey Ltda. adquirirá en bolsa el 5%.
- Tiburón González J.R. (El hijo adoptivo de TG) adquirirá en bolsa el 5%.

- c) Con el objeto de aprovechar la potencial subida del precio de las acciones de la sociedad atacada dentro de su grupo de familiares y amigos, TG le ha informado a algunos de ellos de la operación, para que procedan a comprar antes de la oferta pública.
- d) TG se encuentra preocupado por la posibilidad de que surja una oferta competitiva de su archienemigo en el mundo del juguete, «Barracuda Smith». Por esa razón está dispuesto a lanzar su oferta pública solamente durante diez (10) días calendario con el objeto de incentivar a los accionistas a vender.
- e) Siempre con la idea de forzar a los accionistas a vender, TG se propone anunciar dentro del documento de oferta pública, que solamente le comprará a los accionistas que primero le ofrezcan el 30% de las acciones.
- f) Como la liquidez de TG representa un problema en el momento actual, planea solicitarle al Banco Agroindustrial que le preste el 50% de los fondos necesarios, naturalmente con la aprobación de la junta directiva de la entidad y respetando los límites de cupo de crédito. Adicionalmente, piensa obtener un préstamo por el 20% de los fondos necesarios de el «Bankers Fund», un fondo internacional aprobado por la Superintendencia de Valores para operar en Colombia, cuyo representante en el país es su íntimo amigo «Quique Urruchurtia».
- g) Con el objeto de minimizar los gastos, TG planea ofrecer un precio de \$500,00 por acción, en la seguridad de que muchos de los accionistas venderán. Si no se consigue el porcentaje deseado, al tercer día de la oferta piensa incrementar el precio de la misma a \$700,00 por acción.

- h) Una vez se haya logrado el control de la Fábrica de Plásticos S.A., TG piensa utilizar los cuantiosos recursos y propiedades de la misma para repagar las deudas en que se incurra, aunque se eliminen del ejercicio las utilidades que por valor de \$1.000'000,00 serían repartidas entre los accionistas de la sociedad al final del presente ejercicio contable.
- i) Para determinar el precio de la oferta y realizar su evaluación del potencial sinérgico de la fábrica de plásticos S.A., TG ha resuelto, como diría su queridísima esposa 'sonsacarse' a Judas Hernández, empleado de manejo y confianza de la fábrica de plásticos S.A. quien de manera habilidosa reunió un paquete de información incluyendo datos financieros, listas de clientes y planes de mercado, los cuales fueron estudiados avidamente por TG y su equipo de asesores.

OTRO ASPECTO DEL CASO DE TIBURÓN GONZÁLEZ

Finalmente el gobierno ha atinado con el nombramiento de expertos, y *usted* ha sido designado superintendente delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Durante su primer día en la oficina, lee con preocupación en la prensa algunas filtraciones noticiosas sobre las intenciones que tiene TG de apoderarse del mercado del juguete de plástico. Ese mismo día recibe la visita de algunos pequeños fabricantes de juguetes, quienes le expresan su indignación por la potencial concentración del mercado, la desaparición de sus industrias y por ende, de las condiciones de variedad, calidad y cantidad de los juguetes que se le ofrecerán en el futuro a los niños colombianos, teniendo en cuenta además el pésimo gusto que TG ha demostrado en la fabricación de muñecos y otros juguetes de plástico.

Realmente afanado por el curso de los acontecimientos, usted reúne a sus asesores, expertos todos ellos en investigación de mercados y competencia, y con la información disponible logran determinar lo siguiente:

- a) La consolidación de la Fábrica de Plásticos S.A. con El Osito S.A., junto con la operación de El Rey Ltda. y El Niño de Papá

Ltda., le permitirá a TG controlar el 80% de la producción y distribución de juguetes de plástico en el mercado nacional y el 20% en el mercado andino.

- b) Con esta ventaja comparativa, y teniendo en cuenta la disminución en los costos que con seguridad se producirá en los siguientes meses, TG de seguro planea reducir sustancialmente los precios de sus productos, con el fin de eliminar la molesta competencia de Barracuda Smith, quien en la actualidad representa el 15% del mercado andino y el 35% del mercado nacional. También corren el riesgo de desaparecer otros pequeños fabricantes y distribuidores de juguetes.
- c) Con el fin de afianzarse en el mercado, TG ha lanzado un nuevo producto: el muñeco “Chucky II”, versión más agresiva de un amigable y simpático personaje creado por la empresa de Barracuda Smith, llamado “Mi amigo Chucky”. La similitud de los dos muñecos es palpable y TG ha logrado acreditar inicialmente su muñeco entre los niños de cuatro (4) o seis (6) años aunque su estrategia posterior consiste en esparcir el rumor de que “Mi amigo Chucky” es un muñeco de mal agüero y sobre el cual pesa una extraña maldición que hace que los niños que lo poseen ataquen de manera súbita y violenta, a sus padres, hermanos y mascotas.
- d) Una vez consolidado como el más importante fabricante y distribuidor de juguetes en Suramérica, TG de seguro podría incrementar los precios de los juguetes entre un 45% y un 50%, teniendo en cuenta que la Navidad se encuentra a menos de cinco (5) meses y ya se empiezan a oír angustiosas quejas de las madres por la evidente escasez de muñecos y otros juguetes de plástico en el mercado.
- e) Al quinto (5°) día de haber manejado en forma dinámica la potencial crisis del juguete, su equipo de investigadores se entera de que TG ya ha acordado dividirse el mercado andino del muñeco tipo peluchín con la «Ecuatoriana de Muñecos» y el «Muñeco Venezolano Inc.» competidores que controlan respectivamente el 15% y el 30% del mercado andino del muñeco.

- f) Al comparar las estadísticas de precios y su evolución en el último año, sus asesores le indican, que aunque no existe prueba de un acuerdo explícito, lo más seguro es que exista desde ya entre los grandes del juguete mencionados en el punto anterior, un acuerdo para regular los precios en todo el mercado andino.
- g) Por último usted cita a su despacho a TG quien ante sus preguntas le explica en detalle y con absoluta franqueza su estrategia de mercado e inversión, incluyendo sus planes de ataque con todos los detalles incluidos en el punto 2 de este documento.

Teniendo en cuenta los resultados de la anterior investigación, *explique de manera detallada el curso de acción que tomará su despacho*, especificando el procedimiento a seguir y las medidas a su alcance. Asimismo, indique la forma en la que su despacho propiciaría la acción de otras autoridades en el ámbito nacional o internacional, y las medidas y procedimientos que esas autoridades podrían adoptar.

Indique también cuáles acciones podría iniciar Barracuda Smith y con base en cuáles normas jurídicas.

TALLER TITULADO: «LA GUERRA CELULAR»

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

METODOLOGÍA Y REQUISITOS

El presente taller está basado parcialmente en los recientes hechos que se han producido en el mercado de la telefonía móvil celular, pero contiene elementos, personajes y hechos ficticios, y debe por lo tanto ser considerado como un mero ejercicio académico y no como una referencia a las situaciones de la vida real. El taller se presenta en la forma de un ejercicio práctico, diseñado para que los estudiantes lo desarrollen teniendo en cuenta de manera estricta los siguientes parámetros:

Término. El ejercicio se entrega el día de la fecha de la puesta en común. Terminado el plazo señalado no se recibirá ninguna respuesta.

Ejecución. El trabajo deberá ser ejecutado por cada estudiante o grupo de manera *individual*. Se *prohíbe* comentar el contenido de las respuestas. El paralelismo evidente en la forma de contestar o la igualdad en el tratamiento de las respuestas será penalizado de manera estricta.

Presentación. Las respuestas serán presentadas en hojas de tamaño carta y a máquina. Las respuestas no podrán tener una extensión superior a seis (6) páginas escritas a un solo espacio.

Respeto por los roles asignados. Los estudiantes deberán producir sus respuestas estrictamente desde el punto de vista de los roles que se les asignen en el ejercicio.

Contenido de la respuesta. Al elaborar sus respuestas, los estudiantes deberán citar de manera expresa los fundamentos jurídicos y las normas en que se basan sus apreciaciones. La investigación deberá profundizar en los temas propuestos y no podrá limitarse a la bibliografía entregada o mencionada en la clase.

EL CASO DE LA GUERRA CELULAR

Después de un año de la inauguración del servicio público de telefonía móvil celular, las dos nuevas y flamantes empresas que se disputan el mercado en la zona oriental, las empresas *CELU-A* y *CELU-B*, han entrado en una feroz competencia por los nuevos suscriptores, que ha desencadenado una verdadera «guerra celular», cuyos hechos principales se resumen a continuación:

1. En enero de 1995, el joven Carretudo Lenguaraz, logró convencer a sus ancianos padres de que le regalaran un teléfono celular, que le resultaba indispensable para el adecuado desarrollo de su personalidad. A pesar de que la Navidad ya había pasado y de que Carretudo había perdido el tercer año de derecho en la universidad, sus padres sucumbieron ante las constantes peticiones del joven y accedieron al regalo del celular con la condición de que aprovechara una de las espectaculares promociones que habían sacado las empresas de celular para la época navideña.
2. Muy feliz, Carretudo se dirigió tanto a *CELU-A* como a *CELU-B*, con el ánimo de hacer valer su carné de la universidad del año anterior y obtener así una de las promociones ofrecidas a estudiantes. Desafortunadamente, en ambas empresas Carretudo se encontró con que las promociones se habían acabado en diciembre, además de que no le aceptaban su carné vencido.
3. Carretudo se deprimió inicialmente, pero con posterioridad recobró su entereza y considerándose una gran promesa en el mundo del derecho, a pesar de haber perdido el tercer año de la carrera por culpa del temible profesor de derecho de la competencia, decidió presentar a nombre propio una denuncia ante el Ministerio de Comunicaciones, por discriminación y negativa a contratar

en las condiciones de la promoción de diciembre, contra las dos empresas celulares de la zona oriental.

4. El Ministerio de Comunicaciones consideró que no tenía competencia para conocer del asunto y le envió el expediente al superintendente delegado para la Promoción de la Competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio. La Superintendencia, que ya había recibido algunas denuncias en el mismo sentido, procedió a iniciar una investigación de carácter preliminar contra las empresas de celular, para lo cual les envió un oficio pidiéndoles algunas explicaciones preliminares en relación con su sistema de tarifas, promociones y descuentos en la prestación del servicio.
5. El joven Carretudo Lenguaraz, decidió continuar su investigación sobre el mercado celular, con el ánimo de presentarle un trabajo remedial al inclemente profesor de derecho de la competencia, o en últimas, para utilizarlo como carta de presentación en la facultad de periodismo a la que estaba aplicando. Dentro de sus averiguaciones, el inquieto y perspicaz joven se dedicó a ir a todos los cocteles y reuniones de las empresas de telefonía celular, en los cuales llegó a ser conocido por la mayoría de los funcionarios, que lo trataban con camaradería por su innegable don de gentes y agradable conversación. Fue en uno de estos cocteles, donde Carretudo escucho a un alto funcionario de CELU-A que estaba pasado de tragos, contarle a una amiga que ya se había realizado un pacto de caballeros entre CELU-A y CELU-B, con el objeto de evitar la terrible guerra de precios que desangraba a las empresas y establecer una sola tarifa para el servicio celular que remunerara ampliamente a las compañías que tanto habían sufrido por extender su red. Asimismo, Carretudo logró descubrir que las compañías de celular obligaban a sus suscriptores a comprar un aparato de marca Gato, que había tenido muy buenos resultados en la red celular de Ruanda y de Burundi.
6. Indignado por lo que había escuchado, Carretudo escribió al superintendente un furioso memorial en el que acusaba a las empresas de fijar precios en perjuicio de los consumidores. De la averiguación preliminar realizada por la Superintendencia con

base en las pruebas aportadas por las sociedades investigadas, por el Ministerio de Comunicaciones y por Carretudo, se determino:

- 6.1. Que las sociedades investigadas ostentan una posición dominante en el mercado, debido a que prestan de forma exclusiva los servicios de telefonía móvil celular como concesionarios del Estado en el área oriental, teniendo por ello la posibilidad de modificar unilateralmente las tarifas en cualquier momento, siempre y cuando respeten las barreras de entrada de carácter administrativo que tienen dichas tarifas.
- 6.2. De la información obtenida por ese despacho, se concluye que tanto CELU-A. como CELU-B estarían frente a una presunta discriminación para con los usuarios respecto del factor tarifa de servicio, debido a que las sociedades investigadas ofrecieron a los usuarios entre los meses de junio y octubre de 1994 y a partir del mes de enero de 1995 en adelante, tarifas diferentes a las asignadas a los usuarios que contrataron con las mismas sociedades durante las aparentes promociones de carácter indefinido realizadas por ellas, por concepto de cargo fijo mensual y cargo minuto llamada.
- 6.3. Igualmente la Superintendencia encontró que las sociedades investigadas, durante los meses de enero y febrero de 1995, aparentemente utilizaron como mecanismo para terminar con la denominada *guerra celular* ocurrida durante los pasados meses, el establecimiento de tarifas idénticas de la siguiente forma: conexión o suscripción \$350.000.00, período independiente de consumo \$35.000.00, y uso del servicio por llamadas salientes por minuto \$420.00.
7. Con base en las anteriores consideraciones la Superintendencia determino a través de resolución, ordenar la apertura de una investigación formal, con el fin de determinar si existía por parte de las sociedades referidas contravención a las normas establecidas en el decreto 2.153 de 1992 artículos 47 numeral 2 y 50.

8. Después de surtida la investigación, como consecuencia de la diligente labor de los prestigiosos abogados de las empresas, la Superintendencia decidió el caso por resolución. En dicha providencia se determinó lo siguiente:

8.1. El usuario tiene el derecho de tener el mismo tratamiento tarifario que tenga cualquier otro usuario con las mismas características comerciales. Lo anterior no impide que la empresa pueda ofrecer opciones tarifarias, que permiten al consumidor escoger la que más le convenga a sus intereses, siempre y cuando no se llegue a discriminar a unos usuarios frente a otros que tengan las mismas características comerciales.

«Se consideran como tarifas no discriminatorias para los usuarios del servicio de telefonía móvil celular, aquellas que se estipulan en atención a las características comerciales que reúna cada grupo de usuarios de un plan determinado, tales como el nivel de consumo, la utilización del servicio durante determinadas horas del día o las que tengan en cuenta la tecnología seleccionada».

8.2. Ante esta determinación las sociedades investigadas se comprometieron, ofreciendo una serie de garantías, a eliminar cualquier tipo de presunción discriminatoria tarifaria para con los usuarios del servicio en cuestión en la zona oriental del país. Para tal eliminación se dio un plazo de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la resolución.

8.3. La Superintendencia de Industria y Comercio aceptó en la misma resolución el compromiso ofrecido por CELU-A y CELU-B y por ello dio por terminada respecto de las sociedades enunciadas la investigación por presuntas violaciones a las disposiciones sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

9. Alegando la necesidad de eliminar las discriminaciones en las tarifas, a lo cual se había comprometido con la Superintendencia, CELU-B informó a los beneficiarios de sus promociones que en

adelante pagarían la tarifa normal y uniforme establecida para todos los usuarios. La carta se titulaba «*Por orden de la Super se terminó la fiesta: ¡A pagar!*».

10. No es posible describir con palabras lo que sintió Carretudo ante este desenlace, del cual se enteró por medio de la revista *Aló*. En todo caso, pensó que el implacable profesor de derecho de la competencia lo había engañado, puesto que la Superintendencia había permitido que los usuarios del servicio, que de buena fe habían comprado el servicio atraídos por la promoción, perdieran sus beneficios, con lo cual se violentaba sin duda el bienestar de los consumidores que debería ser el bien jurídico primordial del derecho de la competencia.
11. Enardecido, Carretudo desempolvó todos sus códigos y presentó en nombre propio y como potencial usuario del servicio de telefonía móvil celular, una demanda ante el Consejo de Estado, para que declarara la nulidad de la resolución de la Superintendencia y castigara ejemplarmente a las empresas de celular que habían violado las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.
12. Finalmente la rama jurisdiccional ha empezado a vincular expertos de gran calidad en sus altas corporaciones, y *usted* ha sido designado consejero de Estado. Inmediatamente después de su posesión ante el preocupado presidente de la República, usted se sienta en su despacho donde encuentra el expediente de Carretudo, el cual deberá sustanciar. Por lo tanto, y para efectos del presente taller, usted procederá de la siguiente manera:
 - 12.1. Asumirá que todo lo aquí dicho es cierto y que se encuentra demostrado dentro del proceso.
 - 12.2. Emitirá su sentencia analizando los aspectos procedimentales y sustanciales, teniendo en cuenta, que en todo caso debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque haga aclaraciones sobre la demanda, capacidad, competencia etc.

- 12.3. Deberá analizar toda la legislación aplicable y sustentar su decisión, analizando todos los aspectos relevantes del derecho de la competencia.

- 12.4. Aún en el caso de que decida no anular la resolución, detallará claramente la totalidad de las consecuencias jurídicas y económicas que tendría una declaratoria de nulidad si ello es viable jurídicamente, y una subsiguiente condena de las compañías de celular, por infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.



SEMINARIOS

1 Anotaciones sobre derecho indiano

2 El daño justificado

3 Fichas y reseñas bibliográficas

4 Banco de casos

5 "CEDEC" Centro de Estudios
de Derecho de la Competencia

6 Derecho del trabajo
y relaciones laborales en España

7 Jornadas colombo-venezolanas
de derecho público

ISBN 958-683-046-2



9 789586 830461

El Centro de Estudios de Derecho de la Competencia "CEDEC", fue creado por iniciativa de varios académicos interesados en estudiar, investigar y difundir los temas relacionados con el Derecho de la Competencia, para lo cual han contado con el apoyo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. El "CEDEC" se define como un órgano académico dedicado a la discusión, estudio e investigación de los temas relacionados con el Derecho de la Competencia, patrocinado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y sin finalidad política. Para cumplir con sus objetivos el "CEDEC" realiza tertulias quincenales, participa en foros y especializaciones afines con el tema, y busca publicar los documentos y estudios que se originen en dichas actividades.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
Facultad de Ciencias Jurídicas