



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Jaramillo Londoño, Alejandra
Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal
Revista de Derecho Privado, núm. 49, enero-junio, 2013, pp. 1-25
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033220004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA
GENERAL DE PROHIBICIÓN DE ACTOS
DE COMPETENCIA DESLEAL**

ALEJANDRA JARAMILLO LONDOÑO

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 49
Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7794

Desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal

Alejandra Jaramillo Londoño*

RESUMEN

La Ley 256 de 1996 contiene en su artículo 7 una cláusula general de prohibición, en la cual se utilizan principios de derecho comercial y términos amplios para describir las conductas que allí se prohíben. Esta disposición ha sido objeto de un extenso desarrollo por la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Dado el carácter amplio que tiene la norma, el presente escrito realiza un recorrido por dicha jurisprudencia para precisar la fuerza y el alcance que tiene el artículo 7 como cláusula general de prohibición y, así mismo, extraer las reglas de aplicación e interpretación de esta norma.

PALABRAS CLAVES: Actos de competencia desleal, Ley 256 de 1996, artículo 7, cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal, buena fe comercial, Superintendencia de Industria y Comercio.

ABSTRACT

Law 256 of 1996 contains a General Prohibition Clause in its article 7 in which Commercial Law principles and broad terms are used to describe the conducts that are prohibited by it. This clause has been extensively developed in the jurisprudence of the Superintendence of Industry and Trade. Given the broad nature of the norm, this paper takes a tour of this jurisprudence to clarify the nature and scope that Article 7 has as a general clause of prohibition and also to extract its rules of application and interpretation.

KEYWORDS: Acts of Unfair Competition, Law 256 of 1996, article 7, General Prohibition Clause of Acts of Unfair Competition, Commercial good faith, Superintendence of Industry and Trade.

* Estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes. Trabajo de grado presentado en el primer semestre del 2012, dirigido por el profesor Danilo Romero Raad y calificado por el profesor Juan Francisco Ortega Díaz.

SUMARIO

Introducción – I. DERECHO COMPARADO – A. *Estados Unidos* – B. *Chile* – C. *España* – II. JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA – A. *Jurisprudencia del año 2003* – 1. Resolución 29030 de 2003 – 2. Resolución 31714 de 2003 – B. *Jurisprudencia del año 2004* – 1. Resolución 23749 de 2004 – 2. Resolución 15591 de 2004 – C. *Jurisprudencia del año 2005* – 1. Sentencia número 9 de 2005 – 2. Resolución número 17710 de 2005 – D. *Jurisprudencia del año 2006* – 1. Sentencia No. 2 de 2006 – 2. Sentencia No. 11 de 2006 – 3. Sentencia No. 10 de 2006 – E. *Jurisprudencia del año 2007* – 1. Sentencia No. 11 de 2007 – F. *Jurisprudencia del año 2009* – 1. Sentencia No. 3 de 2009 – 2. Sentencia No. 20 de 2009 – G. *Jurisprudencia del año 2010* – 1. Sentencia No. 14 de 2010 – 2. Sentencia No. 20 de 2010 – 3. Sentencia No. 21 de 2010 – 4. Sentencia No. 22 de 2010 – 5. Sentencia No. 25 de 2010 – H. *Jurisprudencia del año 2011* – 1. Sentencias No. 10 de 2011 y No. 2 de 2006 – 2. Sentencias No. 6, 13, 19, 31, 1205, 1451, 1462 y 1495 de 2011 – III. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Introducción

La Ley 256 de 1996 busca salvaguardar “la competencia al mercado, que puede resultar vulnerada por el aprovechamiento o afectación de la competitividad”¹, es decir, lo que se protege es la competencia en sí. El Estado busca, a través de esta norma, “garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal”². La Ley 256 o ley de competencia desleal contiene varios elementos, como lo es la imposición de deberes de comportamiento a todos los participantes en el mercado³, para que no perjudiquen o amenacen los intereses de otros mediante actos de competencia desleal⁴. Así mismo, la ley contiene ciertos requisitos para que se dé su aplicación, como son: i. la legitimación de quien demanda, ii. los presupuestos para su aplicación, iii. los supuestos fácticos de un acto de competencia desleal. Por tanto, para que una persona natural o jurídica esté legitimada para iniciar una acción de competencia desleal sus intereses deben haberse visto amenazados o perjudicados por la actuación del demandado⁵. La Ley 256 contiene, además, tres ámbitos de aplicación que son presupuestos para que una situación se investigue y se sancione. Estos ámbitos son: el territorial, el objetivo y el subjetivo,

los cuales se refieren respectivamente a la situación geográfica del mercado, la idoneidad del acto desleal y las calidades del presunto infractor⁶. Por último, los supuestos fácticos de un acto de competencia desleal se encuentran enmarcados dentro de los artículos 7 a 19 y se refieren a que la conducta cumpla con los requisitos de uno o más de estos. De esta forma, las conductas constituyentes de un acto de competencia desleal están contempladas en la norma y es en ella donde se encuentra contenido el artículo 7 o cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal. Es importante hacer claridad sobre la diferencia sustancial que tiene el artículo 7 respecto de los subsiguientes, ya que en los artículos 8 a 19 la ley prohíbe y les da el carácter de desleales a conductas específicas, mientras el artículo 7 es amplio y prohíbe las actuaciones que contravengan la buena fe.

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 prescribe una prohibición general de los actos de competencia desleal y precisa que constituye competencia desleal todos aquellos actos o hechos que se realicen en el mercado con fines concurrenciales, que sean contrarios a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o que estén destinados a afectar o afecten la libertad de decisión de los compradores y consumidores, o el funcionamiento concurrencial del mercado. Se puede observar entonces que lo expresado por el artículo 7 predica como constitutivos de competencia desleal los hechos o actos que se enmarquen dentro de un listado muy variado y

1 VELANDIA, Mauricio. 2011. *Derecho de la competencia y el consumo*. 2ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 356.

2 COLOMBIA. Ley 256 de 1996. Artículo 1.

3 COLOMBIA. Ley 256 de 1996. Artículo 3.

4 COLOMBIA. Ley 256 de 1996. Artículo 21.

5 COLOMBIA. Ley 256 de 1996. Artículos 20 a 22.

6 VELANDIA, Mauricio. 2011. Cit. Pág. 366.

amplio de conductas. Esta generalidad y vaguedad puede resultar confusa, más aún considerando que la Ley 256, en el resto de su articulado, comprende otras prohibiciones y le da la calidad de actos contrarios a la competencia a muchas otras conductas. El resto del articulado resulta mucho más preciso en cuanto a aquellas conductas prohibidas, por lo cual surgen dudas acerca de la finalidad de lo expresado en el artículo 7.

Así pues, la cláusula de prohibición general de competencia desleal podría llegar a entenderse como una disposición encaminada a imponer principios generales y a ser de utilidad en cuanto a la interpretación del articulado de la Ley 256. Por lo tanto, ha sido necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) precise sus alcances. Con base en una lectura aislada de la norma podrían tomarse tres posiciones diferentes, es decir, sin atender cómo ha sido aplicada en nuestro ordenamiento. Por un lado, podría tomarse como un principio general e informador del sistema de competencia en Colombia. Por otro lado, podría verse como una disposición que expresa una prohibición clara y, por consiguiente, susceptible de fundamentar por sí sola un fallo que declare que existió un acto contrario a la competencia, sin encuadrarse dentro de las otras conductas descritas por la ley. Por último, podría tratarse de una disposición un poco más compleja que incluye ambos puntos de vista, siendo, tanto un principio informador del sistema como una prohibición específica.

De la misma manera, es necesario analizar si al tratarse de una prohibición general una misma

conducta puede llegar a enmarcarse dentro de ella y, a la vez, incurrir en otra conducta prohibida por otra disposición de la Ley de Competencia. Esto puede ser problemático al interpretar la norma, ya que esta prohíbe todos los actos de competencia desleal, lo cual constituye la misma finalidad que tienen las otras prohibiciones. Así, teniendo en cuenta que todos los actos de competencia desleal comprendidos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 incluyen la frase “se considera desleal”, podría interpretarse que siempre que se incurra en las conductas por ellos descritas, no solo se estaría violando el artículo que las contempla específicamente, sino también el artículo 7, ya que este prohíbe “los actos de competencia desleal”. Por lo tanto, es necesario realizar un estudio sobre cómo ha entendido la SIC las violaciones al artículo 7 y si siempre que se cometa una de las conductas especificadas como actos desleales en los arts. 8 a 19, por consiguiente se predica la violación al art. 7.

Por otro lado, y como ya se mencionó, la disposición contiene la enunciación de varios hechos y actos que están prohibidos por ser considerados competencia desleal. Es importante comprender el alcance que le ha dado la jurisprudencia a estas conductas descritas y los supuestos fácticos que han servido de soporte para la aplicación de la norma. Por lo mismo, debe hacerse un estudio acerca de la precisión que se le ha dado a cada una de ellas, pues al estar contenidas en una norma poco concreta, estas no están descritas a profundidad en la ley, como si lo están aquellas conductas enmarcadas dentro de los artículos 8 a 19.

Así pues, la disposición contenida en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 o “prohibición general” resulta poco precisa y amerita un análisis acerca de cómo ha sido entendido el carácter de esta disposición en la práctica y delimitar sus alcances mediante el estudio de la jurisprudencia de una de las autoridades en materia de competencia en Colombia, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que le fueron otorgadas funciones jurisdiccionales en este campo⁷. Las demandas de competencia desleal pueden ser interpuestas ante los jueces civiles del circuito o ante la Superintendencia, siempre y cuando no se haya presentado demanda por los mismos hechos ante otro juez. En el presente trabajo se estudia la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio elaborada por el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, dependencia especializada en este tipo de acciones.

Se comienza por realizar precisiones acerca de la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal en el derecho comparado, con los ordenamientos de tres países: Chile, Estados Unidos y España. La escogencia de estos se justifica en que, en primer lugar, la normatividad de España fue tomada como referencia por el legislador colombiano para el desarrollo de la Ley 256 de 1996; por su parte, Chile también derivó su normatividad en materia de competencia de la norma española, pero lo hizo un tiempo después y tomando también a Colombia como referencia, lo cual implicó que de acuerdo con el desarrollo de las normas en estos países pudo realizar cambios a la cláusula general de

prohibición; y en el caso de la ley estadounidense, por la importancia que tienen las normas de este país en el contexto global. A continuación del acápite de derecho comparado se realiza un recorrido a través de la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio del año 2003 al 2012. Por último, se exponen las conclusiones que se extraen del estudio jurisprudencial realizado.

I. DERECHO COMPARADO

A. Estados unidos

La legislación federal en materia de derecho de la competencia, en el ordenamiento de Estados Unidos, o “antitrust law”, se remonta a la Sherman Act de 1890 y es complementada por la Clayton Act y la Federal Trade Comision Act. Esta última norma incluye una disposición que se asemeja en mayor medida a la cláusula general de prohibición contenida en el artículo 7 de la Ley 256. La disposición referida aparece en el § 45, subcapítulo 1, capítulo 2, del título 15 y declara ilegales los métodos injustos de competencia que afecten el comercio y los actos o prácticas que sean injustos o engañosos que afecten el comercio. Aquí se puede ver cómo esta norma sanciona los actos de competencia desleal en el mercado estadounidense, pero de forma mucho menos extensa y precisa que la norma colombiana, ya que se limita a la declaratoria de ilegalidad sin dar ningún tipo de precisión acerca de qué constituye un acto injusto o engañoso. Contiene una prohibición de actos desleales de competencia al declararlos ilegales, mas no da certeza alguna de lo que consti-

7 COLOMBIA. Ley 446 de 1998. Artículos 143 y 144.

tuye una violación a esta prohibición. Se limita a enumerar las prácticas prohibidas, sin realizar precisiones al respecto.

Las normas han de ser comprendidas teniendo en cuenta su contexto y el sistema legal para el cual son creadas. En el sistema jurídico norteamericano el desarrollo legal se da a través de los casos que son llevados ante la justicia, es decir, los jueces son los responsables de la creación del derecho y, por tanto, son quienes delimitan y le dan aplicabilidad a esta norma. En consecuencia, este país nos sirve para apreciar cómo la mayoría de ordenamientos contienen cláusulas generales de prohibición de este tipo de actos, mas no es realmente comparable por las singulares características de su sistema legal, que tanto lo diferencian del colombiano.

B. Chile

La ley chilena fue reformada en el 2007 con la introducción, en febrero, de la Ley 20169, por la cual se regularon los actos y conductas que constituyen competencia desleal. Es importante destacar que esta norma representa un esfuerzo del ordenamiento chileno por dar un tratamiento integral al tema de la competencia desleal y atender la necesidad “de una regulación sistemática que permita a los agentes del mercado, actuar con la seguridad de que se han de proteger valores como la buena fe, y la leal y honesta competencia económica”⁸. Esta ley tiene un tratamiento similar al que prescribe la legislación colombiana y sigue básicamente los

mismos lineamientos frente a este tipo de actos. Por ejemplo, comprende un artículo de contenido general y otro que enumera conductas que son consideradas como actos de competencia desleal. El artículo 3 dice: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”, y está complementado con el artículo 4 que enumera conductas “en particular” y “de manera no taxativa”, que constituyen actos de competencia desleal. Así, podemos ver que el ordenamiento chileno da a la cláusula general de prohibición de actos competencia desleal un tratamiento similar al colombiano, pero con diferencias fundamentales. Por un lado, ambas leyes coinciden en la inclusión de una cláusula general de prohibición, seguida por la enumeración de supuestos constitutivos de actos contrarios a la competencia, sin embargo, la ley chilena se refiere explícitamente al carácter no taxativo que tienen las conductas específicas y la violación de la cláusula general solo se dará ante la violación de la buena fe o las buenas costumbres, dejando de lado el calificativo “comercial”. De la misma manera, el artículo de la ley chilena solo se refiere a la “buena fe o a las buenas costumbres”, limitando mucho más que la legislación colombiana el uso de términos ambiguos y generales que luego deberán ser aclarados de manera jurisprudencial.

Por último, es necesario hacer hincapié en que esta ley no fue introducida en el ordenamiento chileno hasta el año 2007, seis años después que la ley colombiana, y para su creación se tomaron como referencia las leyes española,

⁸ CHILE. Ley 20169 de 2007. Exposición de motivos. Pág. 7.

argentina y colombiana⁹, circunstancia que le permitió capitalizar la experiencia de otros países, retomar los puntos fuertes de la ley colombiana y así mismo arreglar las falencias.

C. España

La competencia desleal estaba regida, en la normativa española, por la Ley 3 de 1991, la cual fue modificada en el año 2009 por medio de la Ley 29 para ajustarse a las directrices señaladas por las Directivas del Parlamento Europeo, en el marco de la Unión Europea¹⁰. Así, en la Ley 29 se añade la regulación de conductas que se encuadran en el marco de la competencia desleal, haciendo énfasis en el efecto negativo que estas tienen en los derechos de los consumidores, buscando integrarlos con los derechos de los operadores del mercado y el interés por el buen funcionamiento de este.

La norma española también contiene una cláusula general, que si bien existía antes del 2009 tuvo una modificación importante, ya que se le agregaron precisiones necesarias acerca de los derechos de los consumidores con el fin de acoplarla a los estándares de la Unión Europea. En el pasado la norma solo enfocaba la deslealtad en el ámbito de la relación entre competidores en el mercado, ahora se añade un tercer sujeto: el consumidor. La deslealtad en estos términos estará determinada por dos elementos: que el comportamiento “resulte contrario a la diligen-

cia profesional” y que “sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio”¹¹.

La cláusula general se modifica para aclarar que, en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores, la deslealtad de una conducta vendrá determinada por la concurrencia de dos elementos: que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que este sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (entendiendo por tal el consumidor o usuario medio) o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica.

La cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal está contenida en el numeral 1 del artículo 4, el cual dice: “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. A este artículo le siguen otros que catalogan como desleales varios actos, teniendo así la misma estructura básica de las leyes chilena y colombiana. Según Silvia Barona esta cláusula es: “inspiradora e integradora de los posibles comportamientos desleales en el mercado”¹², y se justificó desde la exposición de motivos de la ley española como una disposición esencial para su efectividad en cuanto a la “represión de

9 CHILE. Ley 20169 de 2007. Exposición de motivos. Pág. 8.

10 ESPAÑA. Ley 29 de 2009. Preámbulo.

11 ESPAÑA. Ley 29 de 2009. Preámbulo.

12 BARONA, Silvia. 2008. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional y extrajurisdiccional –especialmente proceso civil–*. Tomo I. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pág. 296.

la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal”¹³.

Una diferencia fundamental es la corta extensión y la simplicidad de la cláusula española, pues se limitó a calificar como desleales los actos que no cumplan con las exigencias de la buena fe. La sencillez con que se encuentra redactado el artículo es de primordial importancia pues soluciona los problemas a los que se enfrenta la norma colombiana; el hecho que sea sucinto y de baja complejidad ayuda a que el mensaje que transmite sea más claro. Habla también de la naturaleza de principio fundamental del sistema de competencia desleal, es decir, que los competidores han de actuar de buena fe.

Por lo contrario, la redacción extensa y un tanto repetitiva de la norma colombiana se presta para confusiones. A manera de ejemplo: el segundo inciso del artículo 7 presenta situaciones que a simple vista podrían tomarse como ejemplos de lo que prohíbe el primer inciso, ya que todas parecen ser contrarias al principio de buena fe comercial, pero esto tendrá que analizarse según lo haya decantado la sic en su jurisprudencia. Ahora, es importante tener en cuenta que el principio de “buena fe” es bastante amplio y tiene un gran desarrollo jurisprudencial y doctrinario, por lo cual pueden resultar innecesarias adiciones como las que realizó el legislador colombiano. La norma española es más clara en cuanto a la prohibición que realiza, lo cual debe tomarse como una ventaja, puesto que los destinatarios de la norma son los operadores del mercado, y la buena fe, como uno

de sus deberes, se refiere al desempeño de su propio oficio, por tanto la mención de actuar acorde a este deber puede ser suficiente. Por el gran desarrollo jurisprudencial que ha tenido esta cláusula en el derecho español se hará un breve recorrido por este.

En primer lugar, la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal ha sido definida como “un modelo de conducta estándar jurídico o arquetipo”¹⁴ que señala un límite a un derecho subjetivo. Esto último, refiriéndose a la libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución española, que implica autonomía para actuar en el mercado y concurrir con otros competidores.

La cláusula general se refiere a la buena fe objetiva, criterio con el cual debe analizarse la conducta para determinar su deslealtad. La jurisprudencia ha desarrollado el concepto de buena fe en este contexto. En primer lugar se ha entendido que la objetividad se refiere, tanto al análisis del comportamiento que se valora como al contenido del concepto de buena fe que debe usarse. Así, el concepto de buena fe objetiva alude a un modelo de conducta socialmente aceptable y exigible, que impone determinados deberes de conducta y ciertos límites al ejercicio de los derechos. De igual manera, en cuanto al comportamiento analizado, debe prescindirse de la intencionalidad del sujeto¹⁵.

13 BARONA, Silvia. 2008. Cit. Pág. 297.

14 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 1665 del 14 de abril de 2000.

15 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia No. 198901 del 14 de mayo de 2002.

Igualmente, para analizar si una actuación se ajusta a la buena fe esta debe ser acorde con los “imperativos éticos que la conciencia social exige”¹⁶. Por ello, en el análisis de la buena fe la jurisprudencia española ha utilizado algunos “valores éticos” como criterios para determinar si las actuaciones de los particulares se ajustan al estándar exigido en la cláusula general. Los valores que se erigen como criterios son: “la honradez, la lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”¹⁷. Valores que a su vez han sido objeto de desarrollo jurisprudencial definiendo un poco su alcance. La honradez se ha enmarcado dentro de los usos y costumbres que se admiten como correctos por los participantes en el mercado, y la lealtad como actuaciones que no sorprendan la confianza de quienes participan en el mercado en el desarrollo natural de las cosas, sin crear situaciones no habituales y para las cuales no se está normalmente preparado¹⁸.

Por otro lado, se ha definido el carácter que tiene la cláusula general dentro del cuerpo normativo que regula los actos de competencia desleal. Así, se tiene como un “principio informador de todo el ordenamiento jurídico”, ya que no se trata de una mera regla de interpretación, sino de una norma sustantiva, con entidad propia,

sin necesidad de acudir a otros artículos para su complemento¹⁹. De esta manera, la jurisprudencia española ha establecido la naturaleza de la cláusula como una norma jurídica autónoma que no requiere para su complementación o concreción la utilización de una de las conductas específicas tipificadas como actos de competencia desleal.

De igual modo, se ha definido su utilidad en su carácter general, pues da respuesta a muchas situaciones, lo cual permite que su interpretación se ajuste a las exigencias del tráfico económico, siempre cambiante. En esta misma línea, se ha establecido su independencia de las conductas específicas, pues su aplicación no depende de la incursión en una de estas, sino que, por el contrario, procede cuando una conducta desleal no se acomode dentro de los supuestos de una conducta específica²⁰. Así lo ha expresado la Audiencia Pública de Barcelona:

cuya aplicación procede, no cuando se concluya que cualquiera de las restantes normas contenidas en la misma, sino, de manera autónoma, cuando se trate de reprimir conductas que no pueden encontrar acomodo en ninguno de los ilícitos concurrenciales tipificados en los restantes preceptos...”²¹.

De esta manera se pone de presente lo que veníamos mencionando y también brinda una

16 ESPAÑA. Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 2588 del 21 de mayo de 1982.

17 ESPAÑA. Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 5288 del 16 de junio de 2000.

18 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia No. 175 del 23 de enero de 2006.

19 ESPAÑA. Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 2317 del 23 de marzo de 2007.

20 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 55004 del 11 de junio de 2003.

21 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 1665 del 14 de abril de 2000.

nueva característica: la subsidiariedad de la cláusula general, la cual se deriva del hecho de que si se está ante una situación que encuentra cabida en una conducta específica tipificada por la Ley, la cláusula general no tendrá aplicación²². Lo cual no significa que

tampoco cabe recurrir a dicho precepto cuando la conducta ha superado el control de legalidad que resulta de aplicar a la misma el precepto que la tipifica especialmente... sin que pueda acudir a dicha norma como segundo nivel de control una vez se ha superado el juicio de deslealtad según la norma especial aplicable”²³.

Ahora, otro aspecto importante es que la infracción de la cláusula general se hace posible con la mera conducta, es decir, no depende del resultado que tenga esta en el mercado, ya que la norma sanciona, como ya se expuso, “la infracción de deberes generales de conducta y no del quebrantamiento de relaciones jurídico obligacionales...”²⁴.

II. JURISPRUDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA

A continuación se realiza un recorrido a través de la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio a lo largo de los años 2003 a 2012. Las providencias que serán estudiadas

en el presente trabajo fueron seleccionadas con un criterio principal y se centra en que en ellas se haya realizado un estudio de la cláusula general. A través de los años la Superintendencia ha desarrollado criterios uniformes para referirse a los aspectos generales de la cláusula general de prohibición, por lo cual aquellas providencias que no aportan novedades no están reseñadas.

A. Jurisprudencia del año 2003

1. Resolución 29030 de 2003

En primer lugar, es necesario poner de presente que el accionante invocó la violación de varias normas, a saber: los artículos 7, 8, 11 y 12 de la Ley 256. Así, podemos ver cómo se invoca la violación a la cláusula de prohibición general en conjunto con otras conductas que sanciona la ley. En el caso concreto, la argumentación del demandante no pretende demostrar la violación del artículo 7 de manera independiente, se limita a nombrarla y desarrolla la argumentación de la incursión en las conductas descritas en los demás artículos.

Las consideraciones de la Superintendencia aclaran que el bien jurídico y el valor supremo de la Ley 256 es “la lealtad en los medios para competir”, lo cual se fundamenta en la cláusula general de prohibición. Así mismo, exponen que el objetivo de la Ley se expresa en la cláusula general y es la protección del mercado, para prevenir que “los competidores actúen en contra de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial con el fin de producir un

22 BARONA, Silvia. 2008. Cit. Pág. 312.

23 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 423 del 3 de diciembre de 2003.

24 ESPAÑA. Audiencia Provincial de Valladolid. Sentencia No. 515 del 30 de enero de 2002.

daño a otro participante en el mercado”²⁵. La noción de lealtad es entendida como la obligación de actuar acorde con la buena fe comercial y brinda una definición inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: “actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles”²⁶. Igualmente, se establece que la cláusula general “irradia y le da sentido” a las conductas subsiguientes que están desarrolladas en los artículos siguientes, es decir, las conductas específicas constitutivas de actos contrarios a la competencia.

En cuanto al caso concreto, la Resolución estima que los actos de engaño y denigración son claramente contrarios a la buena fe comercial, pues las actuaciones acordes a la buena fe exigen que se suministre información verídica acerca de los productos propios y ajenos. En este sentido, se declara la infracción a la cláusula de prohibición general, fundamentándose en los actos antes enunciados. Es importante tener presente que en dicha resolución se declaró la infracción del artículo 7 en conjunto con los artículos 11 y 12, ya que se usó información falsa acerca de un competidor y se denigró de este. La Superintendencia, mediante esta resolución interpreta la cláusula general como una entidad accesoria a las conductas específicas, ya que su violación no se fundamenta en hechos indepen-

dientes a los que constituyen la violación de los demás artículos. El desarrollo que la resolución en comento hace de la violación del artículo 7 es muy corto y la declara exclusivamente con base en la incursión de conductas específicas que se proscriben en los actos específicos de competencia desleal.

2. Resolución 31714 de 2003

En esta resolución el accionante solicita se declare la violación a los artículos 7, 8, 9, 15, 16 y 17 de la Ley 256 de 1996. En cuanto a la cláusula general de prohibición (art. 7) señala que los accionados actuaron en forma contraria a los mandatos de “honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad”. Afirmación fundada en varias conductas, como la explotación de información comercial reservada de una empresa, obtenida de manera legítima en desarrollo de funciones administrativas o de dirección de una empresa; retirar información comercial sin la debida autorización; realizar afirmaciones que faltan a la verdad, dentro del mercado, sobre una empresa y desorganizar la actividad empresarial de un competidor. Afirmaciones que el demandado niega, argumentando la falta de deslealtad en sus conductas.

En cuanto al artículo 7, la resolución pone de presente que este es el que brinda la noción de lealtad que utiliza la ley en lo que respecta a los actos de competencia desleal. Esta noción implica que los competidores en el mercado deben actuar acorde con la buena fe comercial y, por lo tanto, es la violación a este deber lo que determina la incursión en un acto de competen-

25 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 29030 de 2003.

26 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 29030 de 2003.

cia desleal. Así mismo, se vuelve a poner de presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que indica el contenido ético envuelto dentro del concepto de lealtad, cuyo significado es actuar acorde con las acciones usuales de quienes obran de buena fe en el comercio, según el modelo de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Por otro lado, y en cuanto al análisis del art. 7 en el caso específico, cabe anotar que este es realizado en conjunto con el artículo 8 que trata de los actos de desviación de la clientela. Esta circunstancia da luces acerca del tratamiento que se ha dado a la cláusula general de prohibición, esto es, como mero principio informador del sistema y no como conducta específica cuya violación puede darse de manera independiente de las otras que se encuentran en los artículos subsiguientes de la Ley 256.

La Superintendencia de Industria y Comercio entra así a analizar si las conductas desplegadas por el accionado fueron desleales. Comienza explicando el alcance de las “sanas costumbres mercantiles”, las cuales generan la obligación para los competidores de tener un cuidado mayor “que el que conlleva simplemente la actitud de no violar la ley o la costumbre jurídica”²⁷, pues sus conductas deben respetar, tanto estas últimas como las prácticas honestas del comercio. Aclara por esta resolución, cómo el término “sanas costumbres mercantiles” del artículo 7 no se refiere a la costumbre en materia mercantil como fuente de derecho, sino a los

deberes morales y estándares éticos que los comerciantes deben observar en sus actuaciones en el mercado²⁸. Define las buenas costumbres como “la moral pública, en la que tanto influyen las corrientes del pensamiento de cada época”, expresión con la cual “se cautela la moral social aceptada o predominante según el lugar y la época”²⁹. Explica que la violación a las buenas costumbres en materia de competencia desleal se da cuando la conducta se realiza frente a un competidor y desborda los principios éticos que deben presidir la competencia, siendo contrarios a la buena fe en materia comercial y a su normal y honrado ejercicio, teniendo como base los “usos normales en el comercio”. Teniendo en cuenta que la cláusula se refiere a los participantes en el mercado, precisamente para no limitar su aplicación a los comerciantes y a los competidores directos, la expresión “usos normales en el comercio” genera confusiones pues parece imprimirle un carácter profesional a los estándares de conducta con los cuales ha de ser evaluado el comportamiento, en aras de analizar su deslealtad. Sobre esta base, se declara la violación del artículo 7 ya que los parámetros éticos y morales de las actuaciones honestas en el mercado exigen que cada competidor se valga de su propio esfuerzo para atraer clientela. Así, la Superintendencia declara la violación del artículo 7 por cuanto la desviación de la clientela se realizó mediante actos que resultan contrarios a las sanas costumbres mercantiles y a los usos

27 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31714 de 2003.

28 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31714 de 2003.

29 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31714 de 2003.

honestos en materia comercial. En consecuencia, la violación a la cláusula general de prohibición no fue analizada de manera independiente en esta resolución, sino en conjunto con una de las conductas específicas dispuestas por la ley.

B. Jurisprudencia del año 2004

1. Resolución 23749 de 2004

En este caso, el accionante alega la violación del artículo 7 en conjunto con otras normas que disponen conductas específicas de actos de competencia desleal, a saber: los artículos 8, 11, 12, 13 y 18. Ahora la argumentación del demandante se dirige a demostrar la incursión en las conductas específicas contenidas en los demás artículos, mas no intenta que se declare que el demandado incurrió en un acto de competencia desleal enmarcada directamente dentro del artículo 7.

En cuanto a las generalidades del artículo 7, la Superintendencia aclara básicamente lo mismo que en resoluciones anteriores. Por lo demás, el artículo 7 es analizado en conjunto con el artículo 8: actos de desviación de la clientela; esto se justifica en la providencia pues lo analizado es la actividad publicitaria desplegada en el mercado por el demandado y la desviación de la clientela es el objetivo natural de la publicidad. En concordancia, la resolución comienza por decir que sí se tuvo el objetivo alegado por el demandado de desviar la clientela, pero que debe analizarse si se hizo de manera desleal, en violación al artículo 7.

En el caso concreto, declara que se violó el artículo 7 por cuanto se actuó de forma desleal en materia comercial. Así, con el actuar desleal en el ámbito de la publicidad, la cual encaja, en el caso concreto, dentro de los supuestos del artículo 11 (actos de engaño), la Superintendencia entiende que se viola el artículo 7, usándolo una vez más como una norma que informa el sistema de los actos de competencia desleal en Colombia y no como una norma que tipifica conductas independientes de aquellas específicamente estipuladas en la ley, ya que la violación al artículo 7 se fundamenta exclusivamente en los actos de engaño.

La Resolución 23749 desarrolla las sanas costumbres mercantiles en cuanto a la actividad publicitaria, y en este punto aclara que la lealtad implica que los competidores en el mercado se abstengan de emitir mensajes que sean susceptibles de inducir a engaño a los consumidores e imponiendo, una vez más, como se expone en resoluciones anteriores, el deber de tener especial cuidado para que no se dé el efecto de engañar a los destinatarios del mensaje publicitario. En el caso específico de la publicidad, se tiene el Código colombiano de autorregulación publicitaria, en el cual se apoya la Superintendencia para la definición de los parámetros que han de seguirse para actuar de manera leal y honesta. Se aclara que aunque el mencionado Código no es una norma jurídica, sí refleja y compila los usos honestos y habituales en el ejercicio publicitario en Colombia.

2. Resolución 15591 de 2004

En la presente resolución se estudia si el demandado incurrió en los actos de competencia desleal de los artículos 7, 8, 10, 11, 15 y 18, a saber: violación de la prohibición general, actos de desviación de la clientela, de confusión, de descrédito, de explotación de la reputación ajena y violación de normas. La pretensión sobre la violación de la cláusula general se fundamenta en que mediante actos desleales y de mala fe, los demandados han desviado la clientela del demandante por medio de volantes e inducen a error a los clientes, al decirles que ofrecen mejores servicios y a menor precio. Aquí podemos ver que el demandante fundamenta la violación del artículo 7 como una consecuencia de la violación al artículo 8: la desviación de la clientela.

Como en las resoluciones anteriores, se define la naturaleza de la cláusula general de prohibición en los mismos términos que se han venido comentando. Sobre este caso concreto, la Superintendencia decidió que ofrecer menores precios y mejores servicios no es un acto de competencia desleal y que no se encontró probada ninguna otra conducta que permita declarar que existieron actos de competencia desleal. Consideró que la propaganda realizada mediante volantes va de acuerdo con los “parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan honestamente en el mercado”³⁰.

Esta providencia introduce una novedad al hacer referencia a lo que debe entenderse por “leal competencia”: aclara que conseguir que los clientes que solían acudir donde un competidor modifiquen su elección y acudan a quien presenta una nueva oferta es una manifestación clara de “leal competencia”, pues no solo se persigue un fin lícito, sino también “contribuye a guiar la economía, estimulándola y alimentándola”.

C. Jurisprudencia del año 2005

1. Sentencia número 9 de 2005

En primer lugar, el demandante solicita que se declare la violación por parte del demandado de los artículos 7, 8, 10, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996. Y alega la incursión del demandado en actos que constituyen: violación a la prohibición general, desviación de la clientela, confusión, imitación y explotación de la reputación ajena. Las consideraciones generales que hace la Superintendencia en esta providencia siguen, básicamente, los mismos lineamientos que ya han sido referidos, pero además agrega que las conductas específicas contenidas en los artículos 8 al 19 establecen conductas desleales a “título enunciativo”, lo cual significa que no son solo estas las que pueden ser consideradas como desleales y, por tanto, pueden ser sancionadas en virtud de la Ley 256. De esta forma, establece el carácter de la cláusula general como norma que sirve para reprimir conductas que atenten contra la lealtad en materia de competencia y que hayan escapado a la previsión del legislador en la elaboración de la ley, cobijándolas aun cuando no encajen

³⁰ COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 15591 de 2004.

dentro de los supuestos de alguna conducta específica.

Por otro lado, y en cuanto al análisis puntual de la aplicación del artículo 7 en el caso concreto, una vez más se realiza de forma conjunta con el artículo 8: actos de desviación de la clientela. Esto resulta contradictorio, ya que aunque en las consideraciones generales la Superintendencia predica la autonomía de la cláusula de prohibición general, aquí supedita su aplicación a los supuestos del artículo 8.

2. Resolución número 17710 de 2005

En el presente caso el demandante alega la incursión por parte del demandado en la violación de la cláusula general (art.7) y en actos de engaño (art. 11), mas en su argumentación se limita a desarrollar las razones por las cuales cree que existió una violación de los segundos.

La Superintendencia de Industria y Comercio desarrolla en esta resolución el sentido de la “buena fe” incluido en la cláusula general de prohibición. Explica que se trata de la buena fe que impera entre los comerciantes ajustándose a los mandatos de “honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones”³¹ y cita la sentencia de tutela número 538 de 1994, en cuanto a la precisión de que la buena fe no solo se trata de un principio de integración e interpretación, sino de un verdadero mandato jurídico. No encuentra violación al artículo 7, pero

una vez más la argumentación de la Superintendencia se centra en el análisis de los supuestos del artículo 11.

D. Jurisprudencia del año 2006

1. Sentencia No. 2 de 2006

En esta acción el demandante solicita la declaración de la violación de los artículos 7, 11, 12 y 13. Aun así, una vez más la argumentación se encamina hacia la demostración de la incursión en las conductas específicas alegadas en la actividad publicitaria del demandado y la violación al artículo 7 se fundamenta únicamente en la deslealtad de estas.

De nuevo la Superintendencia brinda precisiones generales sobre la cláusula general, todas ya contenidas en alguna resolución anterior. La única novedad que aporta esta sentencia es la precisión de que una conducta es desleal cuando “ataca desproporcionada e injustificadamente a un competidor”. Así las cosas, una vez más se nos remite a las buenas costumbres mercantiles, pues en su análisis la Superintendencia compara la conducta desplegada por el demandado con lo que se considera “habitual” en el mercado.

2. Sentencia número 11 de 2006

Aquí el accionante invoca la violación de los artículos 7 y 16, cláusula general y violación de secretos. La acción se fundamenta en que el demandado registró como marcas los nombres con los cuales el demandante comercializaba

31 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17710 de 2005.

dos productos en el mercado desde hacía varios años. Ya que esos nombres eran conocidos en el mercado, la Superintendencia descarta la violación del artículo 16 precisamente porque no tienen el carácter de “secretos”.

En seguida analiza si existió una violación a la cláusula general de prohibición y si la conducta del demandado es desleal a la luz de esta. En primer lugar, establece la naturaleza de la buena fe que ya hemos visto en las diferentes providencias hasta ahora expuestas. Luego, hace precisiones sobre el alcance de la buena fe en la cláusula general de prohibición, comenzando por definir a quiénes aplica. A continuación pone de presente el concepto amplio que utiliza el artículo 7, para definir su aplicación a los “participantes” en el mercado. Ante esta circunstancia, la Superintendencia establece que la norma es aplicable no solo a los “competidores” sino a “cualesquiera agentes cuyas operaciones mercantiles o no mercantiles tengan efectos en el mercado, entendido este de manera amplia”³² y precisa que no solo están sujetos a la norma de prohibición de actos de competencia desleal los comerciantes habituales, sino que cualquier persona está sujeta al principio de la buena fe comercial en sus actuaciones reguladas por la ley mercantil.

En virtud de lo anterior establece que el demandado tenía el deber de ajustar sus actuaciones al principio de la buena fe, ya que el registro marcaario es una actividad comercial y, por tanto, pasa al estudio de la conducta a la luz de la buena

fe. Aun cuando no se trataba de un competidor directo, esta exigencia se fundamenta en que sí era un participante en el mercado en calidad de vendedor, y determina que una persona que participa en el mercado y solicita el registro marcaario de dos signos distintivos, consciente de que son empleados de hecho por un empresario para distinguir sus productos en el mercado, “incurre en un acto que pueda calificarse como contrario a la buena fe comercial y en consecuencia reprimible por el artículo 7 LCD”³³. Esto último, ya que su intención no fue solicitar el registro con miras a la protección de la función distintiva que debe tener, sino que busca causar un “perjuicio injusto u obtener un provecho injustificado a partir del esfuerzo ajeno”³⁴.

En consecuencia, la Superintendencia declara la violación de la prohibición general de actos de competencia desleal, en razón a que la actuación del demandado constituye un indebido aprovechamiento del esfuerzo ajeno (el del demandante) y en la desnaturalización del proceso de registro de marcas. Esta sentencia trae un elemento nuevo, pues vemos cómo mediante esta se cumple una de las finalidades de la cláusula general, esto es, dar cabida dentro del espectro de protección de la Ley 256 a aquellas actuaciones que no se encuentran prohibidas expresamente por los artículos subsiguientes.

32 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 de 2006.

33 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 de 2006.

34 COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 de 2006.

3. Sentencia No. 10 de 2006

En esta providencia se estudia si el demandado violó la cláusula general de prohibición (art. 7), incurrió en actos de desviación de la clientela (art. 8) e indujo a la ruptura contractual (art. 17). El estudio que se realiza en este caso no atiende a los supuestos (individualmente considerados) del artículo 7, sino que, una vez más, podemos apreciar cómo se aplica la cláusula general de prohibición por cuanto el demandado incurrió en un acto específicamente calificado como desleal por la ley. Así, la violación a la prohibición general es declarada como consecuencia de que se cumplen los supuestos de otro artículo de la ley.

E. Jurisprudencia del año 2007

1. Sentencia No. 11 de 2007

En la demanda estudiada en esta providencia se solicita declarar la violación de los artículos 7 y 18 de la Ley 256 de 1996. El demandante fundamenta la alegada violación del artículo 7 en que “ningún competidor puede hacer efectivas en el mercado ventajas competitivas que hubiere adquirido mediante la infracción de normas jurídicas”, consideración que se refiere a que la violación del artículo 18 trae como consecuencia del artículo 7. Esta argumentación no ha sido extraña en las acciones que se han visto anteriormente, lo que sí presenta un gran cambio es el desarrollo de la Superintendencia ante este punto.

La Superintendencia descarta la presunta violación a la cláusula general de prohibición en

razón a que el demandante no la fundamenta en la contravención del principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, usos comerciales honestos ni la afectación de la elección libre de los consumidores. Por el contrario, la demanda fundamenta la transgresión del artículo 7 en las mismas razones que la violación del artículo 18.

En este orden de ideas, en esta sentencia, por primera vez, la Superintendencia expone que una misma conducta no puede ser enjuiciada dos veces con fundamento en diferentes normas. Así, la violación del artículo 7 debe ser alegada por causas independientes y que no tengan cabida dentro de los supuestos de los demás artículos. Esto último, debido a la finalidad de la cláusula general de prohibición, expuesta por la sentencia en los siguientes términos:

Conviene precisar que el artículo 7 de la LDC tiene como finalidad asegurar que comportamientos no anticipados por el legislador, pero que puedan resultar dañinos al sistema competitivo por la deslealtad concurrencial que comportan, puedan ser enjuiciables y reprimidos, permitiendo la aplicación de la ley a nuevas modalidades de deslealtad en la competencia y a las circunstancias cambiantes del mercado.³⁵

Así mismo, se aclara que la incursión en una conducta específicamente contemplada en la ley no obsta para que, con fundamento en su deslealtad, se declare la infracción del artículo 7, ya que los criterios de lealtad expuestos en este son parámetros que subyacen en toda la

³⁵ COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 11 de 2007.

ley, especialmente en los supuestos específicos de prohibición. Estos criterios y el hecho de que las actuaciones de los comerciantes deban ajustarse a ellos, son los que fundamentan el reproche y el carácter de desleal de los actos descritos en las prohibiciones específicas.

Por otro lado, se explica que aunque el artículo 7 sea amplio, las obligaciones consagradas en él no son abstractas ni deben tomarse como meros principios o lineamientos que informan el sistema de prohibición de actos de competencia desleal en el ámbito colombiano. Se trata de obligaciones autónomas que tienen su propia función dentro de la ley, con independencia de los artículos que consagran la prohibición de actos específicos.

F. Jurisprudencia del año 2009

1. Sentencia No. 3 de 2009

En esta ocasión se expone la justificación del reproche realizado por la cláusula general de prohibición, en el contexto de libertad de empresa y libre competencia impuesto por la Carta política colombiana³⁶. En este marco, los esfuerzos por atraer clientes no son una conducta desleal *per se*, lo que se prohíbe es perseguir este objetivo mediante la adopción de medios que “no se basan en la calidad y condiciones de las prestaciones ofrecidas, ni en la eficiencia empresarial, sino en actuaciones que distorsionan el sistema”³⁷. Así, a la hora de analizar el

caso concreto, se expone que el mero hecho de que extrabajadores compitan con quien solía ser su empleador, no es suficiente para predicar la deslealtad de una conducta.

2. Sentencia No. 20 de 2009

La presente providencia declara la violación del artículo 7, en virtud de que el demandado mediante “engaños y atribuyéndose derechos que no ostenta pretende determinar el comportamiento de sus competidores dentro del mercado”³⁸. Actuación que se considera contraria a la lealtad exigida por el principio de buena fe con el cual los empresarios deben conducir sus actos, puesto que estaban encaminados a determinar la conducta en el mercado de un competidor mediante reclamaciones sin fundamento. Por otro lado, aunque no aparece probada en el proceso la materialización de los efectos perjudiciales de la conducta desplegada por el demandado, la Superintendencia considera que existen elementos suficientes para concluir que la conducta era idónea para producirlos. Así, el reproche de la conducta bajo la cláusula general de prohibición se sustenta en el engaño que contraría la buena fe y la idoneidad de los principios para causar un perjuicio al competidor y distorsionar la competencia en el mercado.

³⁶ COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 333.

³⁷ COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 3 de 2009.

³⁸ COLOMBIA. Superintendencia de industria y Comercio. Sentencia No. 20 de 2009.

G. Jurisprudencia del año 2010

1. Sentencia No. 14 de 2010

En esta providencia se habla de la buena fe en términos de que quien interviene en el mercado debe tener la convicción “de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios”³⁹. En el caso bajo estudio se considera que la presentación del producto del demandado inducía al consumidor a un error sobre las calidades, al atribuirle características inexistentes pero que resultaban atractivas para el público. El objetivo de esta conducta era obstruir el posicionamiento del producto de un competidor que sí contaba con las características que lo hacían atractivo. Aquí, la Superintendencia considera que el demandado infringió la cláusula general de prohibición, pues su conducta es desleal ya que pretendía fortalecer su posición en el mercado valiéndose de técnicas “reprobables que no correspondían a su propio esfuerzo legítimo”⁴⁰.

2. Sentencia No. 20 de 2010

En este caso se pretende la declaración de la violación del artículo 7 en conjunto con otros que prohíben actos específicos de competencia desleal. Ante esta circunstancia la Superintendencia de Industria y Comercio aclara la improcedencia de la evocación de la cláusula general de prohibición, cuando las conductas desplega-

das por el demandado se encuadren en algún otro artículo que proscriba conductas específicas. Esto último, dado que aunque la cláusula general es un principio informador del sistema, es también una norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y cuya función es abarcar las conductas desleales que no se enmarquen dentro de aquellas que fueron definidas de antemano por el legislador en los artículos el 8 al 19. En consecuencia, la Superintendencia no declara la violación de artículo 7, por cuanto las conductas señaladas en la demanda encajan en el acto desleal de engaño.

3. Sentencia No. 21 de 2010

En esta ocasión la Superintendencia señala una vez más la autonomía que tiene la cláusula general en cuanto a los actos específicos de competencia desleal. Por tanto, tampoco habrá de predicarse la violación del artículo 7 en los casos donde la conducta se enmarque dentro de un acto específico pero no configure totalmente el supuesto de hecho contemplado por la misma y, por consiguiente, no se esté ante una violación. En el caso concreto, esto se estudia ya que el demandante pretende que se declare que el demandado incurrió en actos de descrédito, pero ante la veracidad de las aseveraciones que se hicieron en el mercado, recurre a la cláusula general de prohibición.

4. Sentencia No. 22 de 2010

Esta sentencia se encarga de recoger lo establecido por las dos que la preceden, estableciendo la autonomía de la cláusula general en los dos

³⁹ COLOMBIA. Superintendencia de industria y Comercio. Sentencia No. 14 de 2010.

⁴⁰ COLOMBIA. Superintendencia de industria y Comercio. Sentencia No. 14 de 2010.

sentidos que se señalaron previamente. Adicionalmente, agrega una tercera consideración, al exponer que el artículo 7 no obsta para que se declare que existió un acto de competencia desleal que, enmarcándose dentro de un acto específico contemplado en los artículos subsiguientes, no resultó probado en el proceso.

5. Sentencia No. 25 de 2010

La Superintendencia define una vez más el sentido que se le da en el contexto de la cláusula general al principio de la buena fe, de la misma manera como lo ha hecho en providencias anteriores. Ahora, al momento de analizar el caso concreto, establece que privar a un empresario de uno de los elementos destacados de su establecimiento de comercio (en este caso el local comercial), con el único propósito de explotar directamente la misma actividad y, por tanto, aprovecharse de su esfuerzo, contraría la buena fe y viola el artículo 7. De igual manera, al declarar la violación de la cláusula general de prohibición, la Superintendencia establece que una de las razones por las cuales la disposición es aplicable, es el hecho de que la conducta no se enmarca dentro de los supuestos que consagran los actos específicos.

H. Jurisprudencia del año 2011

1. Sentencias No. 10 de 2011 y No. 2 de 2006

En ambas providencias se estudia la solicitud de registro marcario del demandado, sobre expresiones que su competidor usaba extraregis-

tralmente para distinguir sus productos en el mercado. Sobre este tema ya se había pronunciado la Superintendencia en sentencia número 11 de 2006 y en estas dos sentencias retoma la misma posición, declarando que esta conducta constituye una violación a la cláusula general de prohibición. Una vez más, se estima que el registro de marcas con la intención de obstaculizar el desarrollo normal de los negocios de un competidor, desatendiendo la finalidad de protección que tiene dicho registro en el ordenamiento colombiano, es una conducta que no se ajusta al principio de buena fe comercial.

2. Sentencias No. 6, 13, 19, 31, 1205, 1451, 1462 y 1495 de 2011

En los acápites de las presentes providencias, donde se analiza el artículo 7 en cuanto a los hechos del caso, la Superintendencia de nuevo pone de manifiesto la autonomía a este respecto de las conductas específicas que se prohíben por los artículos subsiguientes de la Ley 256 de 1996. Los demandantes en todos los casos desarrollaron una argumentación en cuanto a la cláusula general de prohibición, dirigida a fundamentar su violación en la incursión del demandado en actos específicos contemplados por la Ley 256. Es en este punto donde la jurisprudencia se aparta de esta concepción y predica la mencionada autonomía, exponiendo que la violación del artículo 7 ha de alegarse cuando la conducta del demandado sea desleal en los términos de dicha norma y no pueda ser encuadrada dentro de los artículos 8 a 19.

III. CONCLUSIONES

En Colombia el artículo 7 contiene el objetivo de la Ley 256 y actúa como principio informador del sistema de actos de competencia desleal. Por lo tanto, irradia y le da sentido a las otras conductas al poner el principio de buena fe como principal corolario de la competencia. Así, la buena fe y los usos honestos en el comercio son lo que se exige a los participantes en el mercado y aunque esto se enuncia en el artículo 7, irradia a toda la Ley 256. Esto, pues lo que se sanciona con la prohibición de actos de competencia desleal es la contravención a los deberes de buena fe. Es por esto que la Superintendencia habla de la cláusula general de prohibición como principio informador, pues la exigencia de actuar acorde con él está detrás del artículo 7 como también de los artículos 8 a 19.

Así mismo, se desarrolla el concepto de buena fe contenido en la cláusula de prohibición general, aclarando que es un deber actuar acorde con los usos sociales y buenas prácticas mercantiles imperantes en un lugar y momento histórico. Por lo cual, este deber debe analizarse caso a caso y teniendo en cuenta las siempre cambiantes prácticas de los comerciantes. Igualmente, la buena fe a la que se refiere el artículo impone un deber verdadero de conducta, en cuanto a las costumbres de los comerciantes, dando un sentido de profesionalismo a su actuar, pues se aclara que no es la buena fe en general, sino la buena fe comercial, que debe observarse en toda participación en el mercado y no solo en las relaciones entre competidores. El análisis de si una conducta es o no leal se realiza a la luz

de los usos habituales considerados leales por quienes actúan habitualmente en el comercio. Las actuaciones en el comercio, para ajustarse a la buena fe tienen que respetar ciertos principios, como son: honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad, sinceridad y obtención de ventajas a través del esfuerzo propio, los cuales deben regir a los participantes en el mercado en todas sus actuaciones. En los mismos términos, para actuar de buena fe debe tenerse la convicción de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo de los negocios. Por otro lado, a través de la jurisprudencia se evidencia la confusión que existe respecto del carácter de la cláusula general de prohibición, ya que en la mayoría de casos los demandantes siempre invocan la violación del artículo 7, pero desarrollan una argumentación encaminada a la declaración de que el demandado incurrió en conductas desleales contempladas específicamente en la ley como tales en los artículos subsiguientes. Al comienzo pudimos ver que la Superintendencia de Industria y Comercio, en algunas ocasiones, solo le da un tratamiento como principio informador a la cláusula general de prohibición, declarando su violación con fundamento en que existió una de las conductas que se tipifican en los artículos 8 a 19. En mi opinión, este es un acercamiento errado a la norma, ya que desnaturaliza el carácter de los actos específicos, tipificados como tales por la propia ley, sometiéndolos al estudio de deslealtad del artículo 7, cuando el texto de los mismos artículos 8 a 19 obsta para analizar si la conducta fue leal o no y, por tanto, si se incurrió en un acto específico de competencia desleal.

Ahora bien, a partir del año 2005 la Superintendencia comienza a reconocer la cláusula general de prohibición como una norma que reprime conductas desleales en sí misma, al poner de presente el carácter enunciativo que tienen las conductas específicas de los artículos 8 a 19. Como se dijo en su momento, la cláusula general fue introducida por la ley para reprimir las conductas que atenten contra la buena fe y la lealtad, pero que hayan escapado a la previsión del legislador a la hora de redactar las conductas específicas. Aun así, no fue hasta más adelante que se comenzó a darle coherencia a esta afirmación, al separar el estudio de la cláusula general, en cada caso concreto, del análisis de los actos específicos.

En el año 2006 se produce la primera de varias providencias que aclaran que la argumentación para la violación de la cláusula general no puede estar dirigida a que el demandado incurrió en una conducta específica. Así, la aplicación del artículo 7 solo habrá de derivarse de la contravención al principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, usos comerciales honestos o de la afectación de la elección libre de los consumidores. En el mismo año (2006) encontramos la primera de varias providencias que declaran que el demandado cometió un acto de competencia desleal en virtud del artículo 7, y donde el análisis de la conducta y su sanción se realiza solo a partir del estudio de la lealtad que este exige. En el año 2010 se manifiesta que la violación del artículo 7 no podrá predicarse de una conducta que se enmarque dentro de un acto específico, pero no configure totalmente el supuesto de hecho contemplado

por la misma y, por tanto, no se esté ante una violación. De igual manera, en el mismo 2010 la Superintendencia aclara que tampoco habrá de declararse la violación de la prohibición general por la falta de pruebas de la violación de los artículos 8 a 19. Así, la cláusula general de prohibición no es un artículo que tiene aplicación subsidiaria respecto de las conductas específicas, sino una verdadera norma autónoma que sanciona aquellas conductas que atenten contra la buena fe en materia de competencia pero que escaparon a la previsión del legislador.

La actividad jurisprudencial de la Superintendencia de Industria y Comercio ha realizado, entonces, un desarrollo importante en cuanto a la cláusula general de prohibición enmarcada en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996. A través de sus providencias brinda claridad sobre lo que protege y sanciona la cláusula general, exponiendo principios derivados de la buena fe en materia comercial y brindando criterios a la luz de los cuales han de ser analizados los actos de los comerciantes, para saber si se ajustan o no a dicho principio. Así mismo, es a través de la jurisprudencia como se ha atacado uno de los mayores problemas identificados en este trabajo: la concepción errada que se tenía de la cláusula al usarla como una norma sin entidad propia, que dependía y estaba supeditada para su aplicación a las otras conductas. Esto se evidencia en la práctica de los demandantes y en las mismas providencias de la Superintendencia. A través de un largo recorrido jurisprudencial se puede ver cómo se comienza a reivindicar el verdadero carácter del artículo 7 como norma autónoma, lo cual es muy importante ya que este

cumple una función primordial dentro de la Ley, pues permite que esta se mantenga a la par del siempre cambiante mundo de los negocios, posibilitando sancionar actuaciones desleales que hayan escapado a la previsión del legislador.

Referencias

Doctrina:

BARONA, Silvia. 2008. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional y extrajurisdiccional –especialmente proceso civil–*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 296.

CHILE. Ley 20169 de 2007.

COLOMBIA. Constitución política de 1991. Artículo 333.

. Ley 256 de 1996.

. Ley 446 de 1998.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 29030 de 2003.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31714 de 2003.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 15591 de 2004.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23749 de 2004.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17710 de 2005.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 9 de 2005.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 2 de 2006.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 10 de 2006.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 11 de 2006.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 11 de 2007.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 3 de 2009.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 20 de 2009.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 14 de 2010.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 20 de 2010.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 21 de 2010.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 22 de 2010.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 25 de 2010.

. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 2 de 2011.

. Superintendencia de Industria y Comercio.

- Sentencia No. 6 de 2011.
- . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 10 de 2011.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 13 de 2011.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 19 de 2011.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 31 de 2011.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 1205 de 2011.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 1451 de 2010.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 1462 de 2010.
 - . Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 1495 de 2010.
- ESPAÑA. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 1665 del 14 de abril de 2000.
- . Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 55004 del 11 de junio de 2003.
 - . Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia No. 423 del 3 de diciembre de 2003.
 - . Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 2588 del 21 de mayo de 1982.
 - . Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 5288 del 16 de junio de 2000.
 - . Audiencia Provincial de La Rioja. Sentencia No. 2317 del 23 de marzo de 2007.
 - . Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia No. 175 del 23 de enero de 2006.
 - . Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia No. 198901 del 14 de mayo de 2002.
 - . Audiencia Provincial de Valladolid. Sentencia No. 515 del 30 de enero de 2002.
 - . Ley 29 de 2009.
- VELANDIA, Mauricio. 2011. *Derecho de la competencia y el consumo*. 2ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 356.