

LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN
COLOMBIA

LICETH DAYANA ALMANZA BARRIOS

UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2014

LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN
COLOMBIA

LICETH DAYANA ALMANZA BARRIOS

Trabajo de grado para optar al título de
Abogado

BELIÑA HERRERA TAPIAS
Asesora

UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA

2014

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio 2014.

DEDICATORIA

A Dios, a mi familia, a mis amigos, a mis maestros y a todos los que día a día con sus enseñanzas, palabras de aliento y motivación aportaron a mi lucha para alcanzar este gran logro.

A mi madre, a mi hermano y a mi abuelo, bastión del hogar con todo el amor, respeto y admiración.

Liceth Dayana.

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos a:

La Doctora BELIÑA HERRERA TAPIAS, cuyas orientaciones fueron oportunas y vitales en el desarrollo de este trabajo.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa, por abrir espacios que permiten la formación profesional de jóvenes y adultos en distintas disciplinas.

Al cuerpo docente de la Facultad.

A mis compañeros de la Facultad de Derecho, de quienes guardo memoria de agradecimiento y afecto.

RESUMEN

La competencia desleal es un fenómeno antiguo, importante y tan lesivo, que siempre ha sido motivo de preocupación estatal, preocupación que persiste hoy, por parte de todos los gobiernos. Se aborda aquí el tema de la competencia desleal a la luz de las normas que la rigen en Colombia. Se plantea aquí un análisis retrospectivo de la normatividad que la rige y que debe incidir en provecho de los ciudadanos colombianos.

Los hallazgos sin ser totalmente negativos, no señalan el acierto del Estado en el manejo de la situación, ya que subsisten algunos monopolios. No hay total claridad en los organismos estatales responsables de la aplicación de normas nacionales e internacionales, orientadas a una globalización que realmente favorezca a los colombianos.

Palabras Claves: Comercio, industria, competencia desleal, trust, monopolios, Comercio internacional.

ABSTRACT

Unfair competition is an old, important and so harmful phenomenon, which has always been a matter of state concern, concern persists today, by all governments. The issue of unfair competition in the light of the rules which govern Colombia addressed here. A retrospective analysis of rules and regulations that should affect the benefit of Colombian citizens raised here.

The findings without being totally negative, do not indicate the success of the state in managing the situation as still some monopolies. No clearly in the state agencies responsible for the implementation of national and international standards aimed at globalization that actually favors Colombians.

Keywords: Trade, industry, unfair competition, trust, monopolies, International Trade.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	11
2. OBJETIVOS	14
2.1. OBJETIVO GENERAL	14
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
3. IMPACTO INTERNO	15
4. MARCO JURIDICO VIGENTE SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA	17
5. GENERALIDADES DE LA COMPETENCIA DESLEAL	31
5.1. GENERALIDADES DE LA COMPETENCIA	31
5.2. MODELOS DE COMPETENCIA DESLEAL	31
5.3. LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO	32
5.4. ACTUALIDAD DE LA LEGITIMA COMPETENCIA EN COLOMBIA	37
6. ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA	43
6.1. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE	51
6.2. LA LEY 256 DE 1996	55
6.2.1. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	57
6.3. NUESTRO COMENTARIO	66
7. INFORMACION SOBRE CASOS CONCRETOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA	67
7.1. CASO DETERGENTE ARIEL (SIC. Informe de Gestión, 2013)	67
7.2. OTROS CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL (SIC. Informe de gestión 2014)	68
7.3. CLARO SANCIONADO POR COMPETENCIA DESLEAL (SIC, Informe de Gestión 2013)	70
7.4. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN	74
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES	86
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

INTRODUCCIÓN

La industria y el comercio son elemento fundamental en el desarrollo de cualquier comunidad y de la humanidad en general. No obstante lo anterior, estas actividades no siempre se desenvuelven en un marco que permita la igualdad de quienes las ejercen y ello es relativamente aceptable, si se entiende que el crecimiento económico, el poder, la posición dominante, son el anhelo de quien invierte y, en muchas oportunidades, se pierde la noción de lo debido y de lo indebido, ya que la atención se centra en el alcance de objetivos que no siempre se conciben previo análisis de las normas que rigen la materia.

La competencia desleal no es un fenómeno nuevo ni mucho menos puede decirse que sea exclusivo de Colombia ni de ningún país; como se expresó en el párrafo anterior, la competencia desleal puede surgir por un simple impulso, el deseo de obtener una ganancia ocasional mayor y, en muchas ocasiones, se incurre en esa práctica de manera inconsciente, es decir, con culpa pero sin dolo, ya que no asiste al actor el deseo de causar un daño sino de obtener, de su actividad, el mejor rendimiento posible.

Aun así, la actividad económica impone reglas, ya que es muy fácil dejarse seducir por posibles ganancias exorbitantes o mayores de las inicialmente calculadas. En ese sentido, las naciones se han visto en la necesidad de establecer legislaciones en sus respectivas jurisdicciones, para buscar el equilibrio y el sano desarrollo económico, en un marco de igualdad de oportunidades, respeto a los derechos de los demás y respeto, principalmente, al consumidor de bienes o usuario de servicios, que son, en términos

generales, quienes con sus compras generan el impulso económico, a través de las ganancias que generan con su compra.

La competencia desleal es interpretada generalmente como la acción indebida de un comerciante o industrial, en relación con el respeto que merece a los demás miembros de su gremio, en el ejercicio de su profesión, con el ánimo de obtener una ganancia adicional. Obviamente, son muchas las definiciones y por lo general, en cada legislación la competencia desleal se tipifica de distintas maneras, pero siempre dentro del contexto de la acción comercial o industrial no ceñida a la ética y al debido respeto de las leyes.

Tal es el tema que se aborda en este trabajo, el cual consta de un capítulo de generalidades, un análisis de la trayectoria que en el ámbito internacional ha tenido la figura de la competencia desleal; incluye igualmente una breve referencia al derecho comparado sobre el tema de investigación, un capítulo en el que se describe el marco general de la competencia desleal en Colombia y un capítulo en el que se procesa, desde la perspectiva de comerciantes el concepto que tienen los mismos sobre qué es competencia desleal y cómo perciben ellos la juridicidad que, en Colombia, se encarga de controlar y regular la actividad económica, en general.

Se complementa el documento con conclusiones y recomendaciones, desde la perspectiva de la autora, sobre la temática desarrollada y sobre lo que, en su criterio prima en Colombia en materia de Competencia Desleal.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La competencia, dependiendo del medio en el que se desenvuelva, tiene diferentes significados, aun cuando la idea que envuelve es la misma. Mientas en el lenguaje común se entiende como “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre una cosa” (Real Academia de la Lengua), en materia económica se define como: “rivalidad entre compradores y vendedores de bienes y servicio.

La definición de competencia como lucha entre partes al ser ajustada al ámbito jurídico-económico, conlleva al análisis del concepto de mercado, entiéndase como tal aquel escenario donde desarrollan las actividades los agentes que lo conforman, esto es oferentes y consumidores de bienes y servicios, donde los primeros puedan ofrecer productos de calidad y a un justo precio a los últimos quienes podrán elegir libremente y sin presiones el producto que satisfaga sus necesidades; pero qué pasa si en ese mercado el consumidor no puede elegir tan libremente el producto (bien o servicio) porque existe un factor o generador principal como el monopolio, el duopolio o el oligopolio ejercido por quienes ostentan la posición de empresarios o grandes competidores dentro del mercado, porque cuentan con la producción casi total de lo que requiere el mismo, comienza en realidad una desigualdad, entre quienes lo tienen todo y quienes no poseen nada o cuyas capacidades productivas se ven reducidas al lado de los monstruos de la competencia, apelativo que los define muy bien cuando existe un apoderamiento casi total del mercado. Esta ventaja que se tiene en el mercado se denomina Posición Dominante, la cual por sí sola no representa una situación indebida, como tampoco

anormal dentro de una relación económica, el problema se suscita cuando se abusa de dicha posición, imponiéndose la voluntad de quien la ostenta sobre los demás intervinientes, ya sean sus homólogos (oferentes: expendedores, productores “comerciantes”) o sobre los consumidores, quienes son los más afectados al aceptar cláusulas contractuales o condiciones desiguales impuestas debido al deseo de satisfacer sus necesidades y en la mayoría de los casos al desconocimiento de sus derechos.

El contrato es ley para las partes y en una relación de mercado es diáfano que existen intereses mutuos al celebrarse acuerdos o contratos entre comerciantes y consumidores, razón por la que la forma en que se desarrolle tal relación debe ser de libre discusión, bajo ninguna circunstancia, puede haber asomo de beneficios unilaterales o en su mayoría para una sola de las partes que conforman la relación contractual.

El artículo 333 superior señala que la libre competencia es un derecho de todos, que trae consigo responsabilidades y obligaciones; no obstante la actividad económica y la iniciativa privada son libres, cuyos límites responden al bien común. De manera que la autonomía privada es un derecho de carácter constitucional, razón más que suficiente para señalar con reproche todo lo que atente contra éste, como es el caso de las cláusulas contractuales abusivas, principalmente observadas en contratos con entidades de servicios públicos, empresas de telefonía celular, aseguradoras, empresas de transporte, donde las obligaciones para las partes del contrato no surgen por la libre discusión de las disposiciones que lo integran, sino por aquellas indicadas en cláusulas predeterminadas por quien ofrece el bien o servicio y a las que la voluntad del consumidor termina adherida, desequilibrando lo señalado en artículo 333 superior, acotado anteriormente.

Ahora bien la competencia no debe observarse de manera negativa pues sin lugar a dudas aviva la actividad económica de un Estado, pero no es menos cierto que tal competencia debe ser equitativa y esto se logra con el establecimiento de la normatividad que fija límites o restricciones para la práctica de la misma, razón que prima ante la globalización de los mercados y la necesidad de integrarlos, por lo que los Estados han buscado fortalecer su legislación comercial generando seguridad a los intervinientes en los procesos económicos.

Teniendo en cuenta lo anterior surge el siguiente interrogante a absolver:

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Existe una adecuada estructura jurídica del derecho de la competencia en Colombia?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar la estructura jurídica vigente del derecho de la competencia en Colombia.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar cuál es el marco jurídico vigente sobre el derecho de la competencia en Colombia.

Identificar los órganos administrativos y jurisdiccionales y sus facultades en materia del derecho de la competencia en Colombia.

Realizar un análisis del derecho de la competencia en el derecho comparado.

3. IMPACTO INTERNO

El presente documento, al tiempo que se constituye en un documento monográfico de grado, busca despertar el interés sobre un tema que afecta no sólo a los comerciantes e industriales sino, de manera más impactante, a los consumidores y/o usuarios en Colombia y en el mundo.

A partir de la convicción de que la armonía en la observancia de las normas vigentes beneficia más que todo al consumidor, se debe brindar atención a este tema, ya que la economía de un país tiene distintos indicadores y recibe apoyo dependiendo de los mismos. Una legislación saludable y aplicada en debida forma, será siempre un atractivo para el inversionista. De otro lado, el estudiante de Derecho se sentirá mucho más fortalecido si domina una temática de diaria aplicación y vigencia, en todo el mundo y particularmente en el territorio nacional.

La temática de la competencia desleal de permanente preocupación a nivel mundial, tanto en las legislaciones internas como en la internacional. Es el fundamento de los tratados de libre comercio y de la formación de bloques regionales, que tanto abundan en todos los continentes y que buscan, al igual que la competencia leal y transparente, fortalecer la actividad económica y dar oportunidad en los mercados a todos los productores y prestadores de servicios.

Por lo anterior, la autora de este trabajo espera hacer un aporte importante a nivel de información fundamental para que, en el futuro, se den estudios complementarios y paralelos, siempre en bien de la formación de los futuros profesionales del Derecho y en la guarda del buen nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa.

4. MARCO JURIDICO VIGENTE SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

El concepto de libre competencia conlleva a la creación de normas que permiten no sólo el desarrollo de la misma, sino también la salvaguarda de todo lo que de ella se deriva. En el entendido que la libre competencia económica debe ser vista como la facultad que se tiene de intervenir en un mercado económico para ofertar (vender) o adquirir (comprar) bienes o servicios, en igualdad de condiciones y con garantías que respalden la relación suscitada entre quien vende y quien compra, o entre quienes ostentan la misma calidad y/o posición dentro del mercado (comerciantes). Colombia no escapa a la necesidad de crear disposiciones legales que generen la confianza suficiente entre todos los que intervienen en la relación económica cuyo escenario es el mercado, si bien con la Constitución Política de 1991 se dio una primacía a la libertad económica y a la autonomía privada, no es menos cierto que en Colombia desde 1959 existía una legislación que protegía los derechos de los intervinientes en el mercado económico, esto es Comerciantes, productores, empresarios, consumidores. Podría asegurarse que el más lejano antecedente jurídico que existe en Colombia en materia del Derecho de La competencia es la Ley 155 de 1959, donde se consagran normas sobre prácticas comerciales restrictivas, evidenciando la intervención del Estado, con la finalidad de controlar y velar porque las acciones propias de la relación comercial se generen sin abusos y/o ilegalidades.

Afirma el Doctor. Miranda Londoño Alfonso, en Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148, enero-diciembre 2011, pág. 74, que el llamado padre

del derecho de la competencia en Colombia, doctor Agudelo Villa (Ministro de Hacienda y Crédito Público de la época en Colombia) al presentar el proyecto de ley (1958), “Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas” convertido hoy en la Ley 155 de 1959, en la exposición de motivos sostuvo lo siguiente:

“Colombia es uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa, la cual se necesitaba a causa del proceso de industrialización del país y de concentración de la riqueza. En la misma exposición de motivos, Agudelo Villa explicó que se debía garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas, que él percibía como “concentraciones monopolísticas” en esa época en Colombia. Al respecto manifestó que la competencia debía ser vista como: “[...] el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico.”

Hoy, 50 años después de expedición, los elementos esenciales de la Ley 155, no han perdido vigencia y nadie duda de su importancia como norma fundadora del derecho de la competencia.”

Lo anterior evidencia que la necesidad de crear estas normas resulta de la necesidad de proteger todos los intervinientes en el mercado económico, más allá de propender por garantizar la propiedad privada, se pretendió establecer un régimen que combatiera cualquier intento de monopolio, hegemonía o superioridad en el mercado económico, por lo tanto al señalarse normas que definieran cuáles comportamientos podían ser considerados como atentatorios de la libertad económica, pese a que esta acotación toma vigencia y se eleva a un status constitucional solo hasta 1991 con la expedición de la Carta Política, conlleva a la identificación de prácticas que una vez ejecutadas debían ser sancionadas por la autoridad competente, dándole así un mayor valor a la intervención

del Estado en materia de libre competencia, teniendo en cuenta que se ponía un alto a los comportamientos arbitrarios de empresas que solo buscan aumentar la superioridad con la que contaban en el mercado, no siendo esta posición por sí sola inadecuada o mal considerada contraria a las costumbres mercantiles o las leyes vigentes para entonces, pero en caso de abuso de dicha condición en aras de acumulación de riquezas a causa de atropellos y mal uso de la misma, genera por su propio peso la necesidad de la estipulación del régimen que evitara, controlara y sancionara tales prácticas comerciales restrictivas, de manera que Colombia entró en sintonía con otros países de Latinoamérica al implementar la legislación en materia de la competencia.

Sostiene la Dra. Lares Colmenares Mary Elena (2004) en su artículo publicado en la revista “La competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio y otras autoridades administrativas” que la Ley 155 de 1959, es el más remoto antecedente normativo, señalando lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 10.º de dicha Ley, se consideraba competencia desleal “todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas”.

Asimismo, a través de esta ley se establecía un procedimiento administrativo especial destinado a sancionar tanto las prácticas comerciales restrictivas, como los actos o hechos de competencia desleal, cuya iniciativa correspondía al Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica, de oficio o por denuncia. Este procedimiento consistía básicamente en una investigación tendente a determinar la comisión de infracciones a las reglas generales de conducta en la materia. Su

instrucción correspondía a cada una de las Superintendencias a cuyo control estuviese adscrita la empresa investigada y cuando estas no existiesen, al Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Sustanciado este procedimiento, la autoridad administrativa competente emitía un acta de conclusiones de la cual se le corría traslado a los investigados, para que ejercieran su derecho a la defensa y presentaran los alegatos que consideraran pertinentes” (p.70).

Para Colombia, la expedición de la Ley 155 de 1959, no solo significó el cúmulo de normas por medio de las cuales se señalaba y definía en qué consiste una práctica anticompetitiva, también significó una protección a los consumidores, considerados la parte más débil dentro la relación económica en el mercado. Lo anterior supuso un avance legislativo, dado que Colombia estaba en la busca de la internacionalización, por lo cual se hizo imperiosa la necesidad de estructurar un régimen normativo en pro de la obtención de dicho objetivo.

Como bien señala la Doctora Mary Elena Lares (2004), la creación de la ley 155 de 1959, supuso no sólo normas de carácter subjetivo, sino también de carácter procedimental, al contemplar la existencia de una autoridad administrativa, como ente de control de todas aquellas prácticas atentatorias de la libre competencia, sin embargo la ley 155 de 1959, se quedó corta, pues no bastaba con señalar unas prácticas anticompetitivas y un procedimiento para sancionar a los infractores, era necesario la implementación de un régimen y por tal motivo, al expedirse el Decreto 410 de 1971 actual Código de Comercio colombiano, se es más explícito y preciso al detallar una a una las prácticas anticompetitivas, elevándolas al estatus de actos desleales, de manera que es necesario su análisis para entender la evolución normativa que ha tenido el

presente tema, según el tenor de los artículos 75 y 76 actualmente derogado por el artículo 33 de la ley 256 de 1996, (el resaltado es de la autora)

“Artículo 75. Constituyen competencia desleal los siguientes hechos:

1) Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;

2) Los medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;

3) Los medios o sistemas dirigidos a desorganizar internamente una empresa competidora o a obtener sus secretos;

4) Los medios o sistemas encausados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles;

5) Los medios o sistemas encaminados a crear desorganización general del mercado;

6) Las maquinaciones reiteradas tendientes a privar a un competidor de sus técnicos o empleados de confianza, aunque no produzcan la desorganización de la empresa ni se obtengan sus secretos;

7) La utilización directa o indirecta de una denominación de origen, falsa o engañosa; la imitación de origen aunque se indique la verdadera procedencia del producto o se emplee en traducción o vaya acompañada de expresiones tales como "género", "manera", "imitación", o similares;

8) Las indicaciones o ponderaciones cuyo uso pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto, y

9) En general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles.’’

El artículo 76, involucra a quienes se han sido víctimas de los actos desleales, al hacer referencia a la indemnización de perjuicios a favor de éstos, económicamente, asimismo contemplaba el arresto como una manera de prevenir la continuidad o repetición de los actos de competencia desleal, requiriendo la intervención de un juez para dirimir el conflicto, mientras que en la ley 155 de 1959 el procedimiento es de carácter administrativo, toda vez que la responsabilidad de sancionar estos actos atentatorios de la libre competencia era del Director Ejecutivo de la superintendencia de Regulación Económica.

Por otra parte con la Constitución de 1991, lo plasmado en la Ley 155 de 1959, cobra mayor importancia, desde el mismo instante en que se estructura el artículo 333 superior, dejando por sentado en un status superlativo la iniciativa o autonomía privada, la libre competencia económica y la intervención del estado en las relaciones suscitadas en el mercado económico, al imponerle la obligación de evitar o controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional, sin decir que con su expedición se estigmatizan como negativas las posiciones dominantes de los intervinientes en la relación jurídico-económica en el mercado nacional, toda vez que la regulación se encamina a la prevención y control de los excesos que tales posiciones preferentes representen dentro de éste escenario. Obsérvese la redacción del texto en mención:

“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.”

Al escudriñar el texto del artículo 333 de la Constitución Política antes citado, se evidencia que existe total consonancia con la Ley 155 de 1959, la disposición señala total libertad para que cualquiera pueda intervenir en la relación económica, esto es sin límites que supongan obstrucción a la autonomía privada, lo anterior genera inmediatamente una serie de obligaciones tanto para oferentes (Comerciantes) como para adquirentes (Consumidores).

Actualmente la mayoría de los países del mundo al desarrollar la normativa sobre libre competencia, libertad económica y temas concordantes, plantean los mismos objetivos que el legislador colombiano plasmó desde 1959 con la expedición de la ley 155 del mismo año, por lo tanto no es erróneo afirmar que desde entonces se

vislumbraba la necesidad de abrir las fronteras económicas en Colombia, lo cual implicaba obviamente el establecimiento de una regulación que permite no sólo el desarrollo de una libre relación jurídico-económica en el mercado, sino también la estipulación de legal una definición de todas aquellas prácticas consideradas restrictivas de la competencia, incluso un marco procedimental para prevenir y castigar dichas prácticas, entre las cuales pueden citarse los acuerdos anticompetitivos, la fijación de precios inequitativos. Sin duda alguna incluir en el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) normas sobre competencia desleal, evidencian la evolución reglamentaria en esta materia que se desarrollaba en Colombia, pero no puede olvidarse que es la ley 155 de 1959 la que inspiró el perfeccionamiento de este tema, tanto así que con la expedición del decreto 2153 de 1992, se hace ahínco de manera tajante a lo preceptuado en el artículo 10 de la ley 155 de 1959 y con mayor razón a lo establecido en la Constitución Nacional, es el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, el que establece la prohibición de las conductas que afectan la libre competencia, adoptando incluso términos de la legislación civil cuando estas se presenten al considerarlas Objeto Ilícito, sin embargo el Dr. Miranda A. (2011), sostiene que:

“La moderna estructura del derecho de la competencia en Colombia se introdujo con el Decreto 2153 de 1992 y no ha sido modificada por la reciente Ley 1340 de 2009. Esta estructura mantiene la prohibición general como norma residual que se debe aplicar cuando las conductas que se investigan no se encuentran expresamente prohibidas; pero acompañada de un catálogo de conductas anticompetitivas que señalan de manera no taxativa las conductas que el legislador considera contrarias a

la libre competencia y por lo tanto ayudan a aplicar los sistemas de análisis” pág. 81

Lo anterior quiere decir que las conductas de los intervinientes en el mercado encaminadas al ejercicio de las libertades económicas, tales como organizar estrategias para mantener satisfechos a los clientes, ejercer una posición de dominio en el mercado, pueden no estar prohibidas de manera expresa en las disposiciones normativas, de hecho son permitidas por el legislador, sin embargo el despliegue de actividades que desarrollan en virtud del ejercicio de esas libertades económicas, al realizar un análisis detallado de las conductas investigadas, pueden traer como resultado el descubrimiento de una serie de actos anticompetitivos, señalados en la normatividad vigente. Deben analizarse tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción de la libre competencia (Miranda 2011).

Esto significa que debe analizarse el origen de la conducta, las razones que la produjeron, la intencionalidad de dicha conducta y obviamente las consecuencias, debido a que son estas las que permiten determinar, si el objeto y el efecto de la conducta realmente es anticompetitivo.

Por lo anterior es que el legislador se preocupa por definir en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y conductas de abuso de la posición dominante en el mercado, respectivamente.

Se consideran acuerdos anticompetitivos a la luz del artículo 47 aquellos cuyo objeto o efecto sean: “la fijación directa o indirecta de precios, la determinación de condiciones

de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores, la asignación de cuotas de producción o de suministro, la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos, la limitación de desarrollos técnicos, subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, abstenerse de producir un bien, un servicio o afectar sus niveles de producción, la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la adjudicación de contratos, distribución de concursos o fijación de términos en las propuestas y los que tengan por objeto o efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización (Adicionado por el artículo 16 de la ley 590 de 2000)”.

El legislador al establecer este artículo, deja ver la intencionalidad que tuvo para prevenir y contrarrestar la creación de alianzas o carteles con fines distintos a la libre competencia, es decir, con el objetivo de apoderamiento del mercado, a través de prácticas contrarias a las permitidas desde el marco de la ley 155 de 1959 y ratificadas constitucionalmente en el artículo 333 superior. Asimismo, deja ver que el análisis de estos acuerdos, alianzas o convenios entre los intervinientes en el mercado debe hacerse teniendo en cuenta que su objeto o efecto encuadren dentro de los comportamientos anticompetitivos, recuérdese que la norma está inspirada en la salvaguarda de la Libre Competencia Económica.

El legislador no podía permitir que la formación de estas alianzas se hiciera efectiva sin recibir sanciones por ello, en el entendido que éstas buscan eliminar a los

competidores más débiles del mercado, al crear Monopolios, Duopolios u Oligopolios, ya que sin lugar a dudas, de no sancionarse estos acuerdos, el dominio del mercado sin límites degeneraría la razón de ser de las libertades económicas concedidas en la Constitución Política de 1991, evidenciándose tal efecto en la fijación indiscriminada de precios, incluso por debajo de los costos (Precios Predatorios), a fin de establecerse en el mercado y luego sin competidores en su ramo, elevarlos de manera exorbitante, perjudicando obviamente al consumidor final, quien embargado por la necesidad de adquirir un bien o servicio, se obliga a adquirirlos a precios no justos, de acuerdo a las calidades y cualidades de los mismos.

Pero el legislador no sólo definió los acuerdos anticompetitivos, también señaló de manera expresa, los actos anticompetitivos, definiéndolos en el artículo 48 de este decreto (2153/1992) así: “infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios y negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

Como bien se observa la interior de este artículo se establece y define como tal cada una de las acciones que pueden ser consideradas como anticompetitivas, toda vez que se habla de la ejecución de ciertos comportamientos que a todas luces constituyen contrariedad a las libertades económicas, en particular el legislador manifiesta que la violación al estatuto del consumidor (Decreto 3466/1982 actualmente Ley 1480 de 2011), es considerada un acto anticompetitivo, lo cual significa que el consumidor juega

un papel fundamental en el ejercicio de la autonomía privada y de las libertades económicas, en el entendido que éste es la parte más débil de la relación comercial, por eso aun cuando tiene una regulación especial que impone sus obligaciones, protege sus derechos y señala el procedimiento administrativo a seguir en caso de vulneración de los mismos, no escapa a la intención del legislador, ser drástico al estipular que tales conductas también deberán ser sancionadas en materia de competencia desleal. Básicamente es evidente que la protección está encaminada a la implementación de una política de precios justos, que no excedan de manera desmesurada el margen de utilidad de un negocio a costas del perjuicio de los consumidores, siendo estos el otro lado de la balanza, como tampoco una fijación tan paupérrima por debajo de los costos, que perjudique a quienes se encuentran al mismo lado de la balanza (comerciantes), con la finalidad de sacarlos definitivamente del mercado, al reducir sus posibilidades de competir con estos precios, lo cual evidentemente no beneficia al mercado, pues una vez salen los competidores del terreno de juego (mercado) elevan los precios perjudicando finalmente al consumidor, mal habría hecho el legislador al no regular sobre este tema con detalle, esto convierte a Colombia en un país cuya normativa en materia de libre competencia se encuentre acorde con las políticas de internacionalización para establecer relaciones con otros países, de manera confiable, al tener una legislación especializada en esta materia.

Por su parte el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, estipula taxativamente cada una de las conductas que constituyen el abuso de la posición dominante.

En una democracia como la colombiana, la libertad de empresa es un derecho ciudadano y en la Constitución de 1991 se halla consagrada en el artículo 333; no

obstante, precisamente por ser una democracia, Colombia establece en su ordenamiento superior y normas subsidiarias una serie de medidas orientadas a evitar que la posición dominante pueda constituirse en una dictadura económica o un mecanismo de sometimiento por parte de quien detenta la posición dominante en los distintos mercados nacionales.

La posición dominante es consecuencia de la libertad de empresa y de inversión; ello, sin embargo, no puede obnubilar al legislador en cuanto tiene que ver con los derechos de los inversionistas minoritarios, en el sentido de permitir que sean asfixiados por quien detenta el poder o mayor participación del mercado, por dos razones fundamentales: a) porque atenta contra la libertad de empresa y b) porque ello conllevaría un daño sensible para el ciudadano común, que podría ser objeto de las consecuencias de una guerra desigual entre el comerciante de la posición dominante y quienes integran el mismo mercado con una menor participación. En Colombia, la Ley 142 de 1994, más conocida como Ley de Servicios Públicos, establece claras normas que buscan evitar que, quienes prestan servicios públicos domiciliarios, puedan imponer condiciones leoninas a los usuarios de esos servicios, desde la ventaja de la exclusividad y de la importancia que esos servicios tienen para todas las personas.

En lo relacionado con la competencia desleal, se parte de que el fin que buscan por quienes ofrecen bienes y servicios en el mercado es obtener, mantener e incrementar sus ganancias. Este fin es lícito y por tanto no puede ser descalificado, pues en buena medida es el que contribuye a guiar la economía, estimulándola y alimentándola. En procura de ese 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, entre otros, 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 la derrota. Aun así, no por ello se debe sancionar al vencedor o responsable de ese 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 refleja la noción de competencia en cualquiera de sus formas, coincide con la noción común de ser una disputa por algo; 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 no lícitos o impiden el ingreso de nuevos participantes, la competencia se distorsiona o desaparece. Esto es lo que en un momento dado es reprimible: los medios utilizados, más no el fin perseguido. -

5. GENERALIDADES DE LA COMPETENCIA DESLEAL

5.1 GENERALIDADES DE LA COMPETENCIA

Según el grado de interferencia con que los diversos factores afectan la competencia, ésta se calificará en perfecta e imperfecta, siendo la última la regla general. Jurídicamente la competencia adquiere significado cuando se relaciona con el concepto de libertad.

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 lo mismo, deben ser reprimidas. 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 busca y desea, impedirán la competencia en lugar de fomentarla. (Jackel, 2002).

5.2 MODELOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Aunque en Colombia no existen específicamente modelos de competencia desleal, tradicionalmente se ha dicho que la competencia desleal ha tomado forma en tres modelos diferentes, en escenarios diferentes, es decir, en otros países: el paleoliberal, el profesional competitivo y el social (Barona, 1991).

El modelo paleoliberal, posee un carácter fragmentalista sin llegar a establecer reglas generales, sólo sancionaba aquellas conductas que se encontraban expresamente tipificadas por la ley. Era un modelo de tendencia a concebir la competencia desleal

desde una óptica penal, aunque algunas legislaciones la incluyeron como las normas de la responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto al modelo profesional, ante la insuficiencia del modelo anteriormente descrito para reprimir las conductas desleales que se presentaban en los distintos mercados, toma forma a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Esto aplica de manera específica en El Salvador.

5.3 LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO COMPARADO

Considera la autora de este trabajo que para tener una visión mucho más clara de lo que es la competencia desleal como fenómeno casi inherente a la actividad económica en general y a la industrial y la comercial, en particular, es necesario tomar nociones de otros países en los que esta actividad ha sido tenida en cuenta en sus respectivas legislaciones. Sin embargo y, con el fin de ser lo más específico posible, se toma como modelo de comparación, para efectos de este trabajo, a los Estados Unidos, por razones diversas, entre ellas, la de ser uno de los referentes históricos de la lucha contra la práctica de la competencia desleal y en la identificación de la figura de la Posición Dominante.

Estados Unidos: Es casi ineludible abordar la concepción de la competencia desleal en la ley norteamericana, la cual establece una tradición de muchas décadas con la Ley Sherman, la cual aún tiene incidencia en el comportamiento de los mercados y de la actividad económica en los Estados Unidos.(Fornelis de Fruto, 2004).

En Estados Unidos se habla del antitrust a partir de tres referentes:

- Ley Sherman, la cual prohíbe los contratos que restrinjan el comercio y todo lo relacionado con los monopolios.
- La Ley Clayton. Esta norma declara ilegales la discriminación de precios, los contratos de exclusividad, la adquisición de las empresas de la competencia las directivas involucradas.
- Ley de Comisión Federal de Comercio, en la que se declara ilegales las prácticas comerciales engañosas.
- En efecto, en 1890 ve la luz la Sherman Act como herramienta legal para regular la colisión comercial entre empresas dentro del territorio estadounidense, particularmente en cuanto tenía que ver con la consolidación o creación de monopolios. Veinticinco años después, en 1915, cobran vida la Clayton Act y la Federal Trade Commission Act, las cuales se ocuparon en su orden de la fusión de empresas y de la protección del consumidor frente a actos de competencia desleal. Estas normas se ocupan, como se expresó anteriormente en los casos que se presenten entre Estados norteamericanos y con países extranjeros, a fin de mantener en vigencia y respetar adecuadamente los mandatos contenidos, en relación con este tema, en la Constitución de los Estados Unidos de América.
- Los antecedentes de la represión a la competencia desleal, se hallan, en Colombia, en la ley 31 de 1925, que consagraba que los actos de competencia desleal son actos de mala fe que buscan producir confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o que, a pesar de no generar confusión, busca desacreditar un establecimiento rival. Así se daba lugar a indemnización de perjuicios y se reprimían mediante los jueces comunes.

Más tarde, en 1936, se adopta la Ley 59 de ese año, medio de la cual se aprueba la Convención General Interamericana de Protección Mercaria y Comercial y, dentro de ésta, el catálogo de conductas calificadas como competencia desleal.

En 1959 surge la Ley 155 que, en sus artículos 10° a 16°, reguló las prácticas comerciales restrictivas, ratificó que los perjuicios generados por conductas de la competencia desleal abrían paso a indemnización y reguló medidas que la rama ejecutiva podía tomar para evitar o para detener la competencia desleal, al tiempo que fija sanciones para quienes infringieran la norma, previo sometimiento a un proceso administrativo. Posteriormente, esta ley fue derogada por el Decreto 410 de 1971, más conocido como Código de Comercio. La Ley 256 de 1996 se encargó más tarde de regular la competencia desleal en Colombia. Esta ley busca garantizar la libre y legal competencia económica, a través de la prohibición de actos y conductas de competencia desleal. Determina que todo acto o hecho realizado en el mercado con intenciones concurrenciales, cuando sea 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 se orienten a lesionar la libertad de decisión del comprador o consumidor, o al funcionamiento de la concurrencia de mercado comprador o consumidor o el funcionamiento de la concurrencia de mercado, será considerada competencia desleal (CEDEC II Revista Jurídica, 1998).

Es deducible, entonces que la norma busca proteger una vertiente esencial de funcionamiento de los mercados, respetando los derechos consagrados en la Constitución y la Ley, pero estableciendo límites a la libre economía, cuando la misma pueda efectuarse a través de actos que vayan en detrimento del interés legítimo de los

demás comerciantes o industriales y, en particular y de manera especial del consumidor o usuario de servicios.

En síntesis y en relación con Colombia, puede afirmarse en materia de tradición antitrust o contraria a cualquier actividad que atente contra la libre competencia industrial y comercial o que busque lesionar el interés legítimo del consumidor o usuario de servicios en el país, halla su fundamento en la necesidad de protección de la libre competencia, de todas aquellas fallas que se presentan en el mercado causadas por un participante de manera individual o por un conjunto de participantes, bien sea mediante conductas tendientes a la creación de barreras al comercio o a la adopción de acuerdos. La utilidad de tal protección se explica porque al crearse un mercado competitivo dentro de la economía, los precios y los indicadores de rentabilidad y productividad tienden a mantenerse libres de distorsiones, generando un ambiente propicio para que los agentes del mercado obtengan la mejor utilización de sus recursos y por lo tanto se generen múltiples beneficios para la economía del país.

De otro lado, es indispensable la prohibición de ese tipo de conductas para proteger las condiciones de competencia y eficiencia en los mercados y buscar como finalidad última el beneficio de los consumidores, interpretando así el sentido constitucional de que el interés general prima sobre el particular. A partir de lo anterior, vale retomar el análisis somero y sintetizado de las normas que en Colombia han ejercido control sobre la competencia desleal:

Inicialmente, en la época que podría llamarse moderna, la legislación colombiana dispone en la Ley 155 de 1959 en su Art. 1º que quedan prohibidos los acuerdos o

convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. Así mismo dispone en el Decreto 2153/92 Art. 46 que en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que sean nocivas para la libre competencia en los distintos mercados, las cuales, en los términos de la legislación actual, son tipificadas como ilícitas, entre otras:

- Actos de desorganización. Son considerados como tales toda conducta que tenga por objeto la desorganización interna de la empresa.
- Actos de confusión. Se refiere a toda conducta que busque crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento del competidor.
- Actos de engaño. Son todas aquellas conductas que busquen inducir al público al error sobre la actividad, ubicación, las prestaciones mercantiles, además de la omisión de las verdaderas indicaciones.
- Desviación de clientela. Se califica como tal toda conducta que tenga como objetivo, directo o indirecto, desviar o canalizar la clientela de la actividad.
- Explotación de la Reputación Ajena: se refiere al aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado objetivo.

5.4. ACTUALIDAD DE LA LEGITIMA COMPETENCIA EN COLOMBIA

La Ley 155/59 vigente sobre prácticas comerciales restrictivas tiene 50 años de antigüedad. Fue aprobada por el Congreso de la Nación en el año 1959 (de ahora en adelante ley de 1959), con base en el artículo 32 de la Constitución Política de 1886, con arreglo al cual correspondía al Estado la dirección general de la economía y lo facultaba a intervenir en determinadas circunstancias.

El artículo 1° de la Ley 155/59 establece como principio general la prohibición de “acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, Productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas con tendencia a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios no equitativos”.

Asimismo la Ley 155/59 establece un régimen de control previo de fusiones y adquisiciones (que en Colombia se denominan “integraciones económicas”), obligando a las empresas que se dedican a la misma actividad económica a “informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo con el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración” y establece que las empresas “podrán proceder a realizar” la operación si el Gobierno no la ha objetado en el plazo de 30 días luego de presentada la documentación completa de notificación.

A este respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que: “La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa...La ley debe impedir que personas o empresas que detenten una posición dominante en el mercado la exploten de manera abusiva”; “La competencia... a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores... el objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños; se concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo...” (Corte Constitucional, 2001 y 2002).

El decreto de 1992 (artículo 2º), en forma concordante con los preceptos constitucionales, establece como objetivos: mejorar la eficiencia, que los consumidores dispongan de libertad de elección y acceso a bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados y que en el mercado exista variedad de precios y calidades. El artículo 2º del Decreto 2153/92 ha sido enmendado en la nueva ley 1340/09, dotándolo de mayor claridad, tal y como sigue:

Artículo 2º. Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de

la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieran implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar concretamente los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

En pocas palabras, el principal objetivo del sistema colombiano para la defensa de la competencia es proteger la libre competencia económica, definida como “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”, hasta el punto de que de esta manera se fomente la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

Sin embargo, parece que otras políticas públicas son también relevantes. Así, la Constitución de 1991 también establece que: (a) la gestión global de la economía se encuentra en manos del estado que, por mandato de la ley, intervendrá en todos los sectores económicos para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida, para distribuir las oportunidades y los beneficios de desarrollo equitativamente, para mantener un ambiente de prosperidad, para lograr la plena utilización de los recursos humanos y el desarrollo armonioso de las regiones; (b) las actividades del sector financiero (bancos, compañías de seguros, etc.) son de interés público y deberán dirigirse bajo autorización y supervisión estatal; (c) se pueden establecer monopolios legales sólo con propósitos sociales o públicos, como en el caso de las bebidas alcohólicas y el juego, cuyos beneficios se asignarán a la sanidad y a la educación,

Una de las particularidades de la legislación antimonopolio de Colombia es que no realiza distinción entre los acuerdos horizontales y los verticales, motivo por el cual en este estudio se hace un tratamiento en conjunto de ambos tipos de acuerdos. La norma básica que establece la prohibición respecto de la celebración de acuerdos anticompetitivos es el Artículo 1 de la Ley 155/59. Dicho artículo dice: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. Cabe notar que, en esta fórmula, las conductas se penalizarían por su intencionalidad anticompetitiva antes que por sus efectos reales en el mercado. Esta fórmula fue ampliada en el decreto 2153 de 1992, con arreglo al cual los acuerdos pueden ser contrarios a la libre competencia, tanto por su objeto como por sus efectos.

Asimismo, el decreto estableció una definición taxativa según la cual un cartel o acuerdo es “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Reforzó la prohibición general estableciendo que las conductas que afectan a la libre competencia se consideran ilícitas en los términos del Código Civil e instauró una lista no exhaustiva de acuerdos contrarios a la libre competencia, que se enumeran a continuación:

Se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto lo siguiente (Decreto 2153 de 1992):

1. La fijación directa o indirecta de precios.

2. Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para terceros.
3. La repartición de cuotas de mercado entre productores o distribuidores.
4. La asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. La asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de aportaciones productivas.
6. Limitación a la adopción o desarrollo de nuevas técnicas y tecnologías.
7. Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.
8. Abstenerse de producir un bien o servicio, o alterar sus niveles de producción.
9. La colusión en las licitaciones o concursos o la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. Impedir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización a terceros.

En Colombia el régimen de competencia no prohíbe la existencia de monopolios. Sin embargo, aun cuando se trate de monopolios designados o autorizados por ley, la constitución los limita estableciendo que “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. [...] 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.”

De conformidad con la Constitución, el Estado tiene la obligación de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional, por lo cual no se prohíbe la posición de dominio dentro del mercado, sino el abuso que se haga de dicha

posición. En desarrollo de ese precepto constitucional, el régimen de defensa de la competencia⁴⁶, prohíbe las conductas constitutivas de abuso de la posición dominante en el mercado, señala las sanciones por la infracción a dicho régimen. También otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para vigilar el cumplimiento de dicha normatividad e imponer las sanciones por su violación, en todos aquellos sectores en los que dicha competencia no le haya sido otorgada a otra autoridad.

Si bien el abuso de posición dominante se integra en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153/92 de 1992⁴⁸, el anteriormente citado decreto en su artículo 50 presenta un listado de actos que constituyen abuso de posición dominante.

6. ESTRUCTURA DE LA PROHIBICIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA

Bajo el régimen de la Constitución de 1886, el fundamento para la expedición de una ley antimonopolios provenía fundamentalmente del artículo 32 de la Carta, que ponía en cabeza del Estado la dirección general de la economía, así como la posibilidad de intervenir en la misma en determinadas circunstancias y para ciertos fines. De esta manera, aunque no existía una referencia expresa en la Constitución al Derecho de la Competencia, jamás se cuestionó la exequibilidad de estas leyes. Fue con base en el artículo 32 de la Constitución de 1886, que se expidió la Ley 155 de 1959, cuyo ponente fue el doctor Hernando Agudelo Villa, permanente impulsor del tema desde ese entonces. La ley 155 de 1959 fue reformada en primera instancia por el Decreto Extraordinario 3.307 de 1963, y reglamentada por el Decreto 1.302 de 1964. Otra norma que complementó el tratamiento del tema de las prácticas restrictivas de la competencia, desde el punto de vista de las inhabilidades e incompatibilidades de los directores y gerentes de las empresas, fue la ley 16 de 1.936, reformada por la Ley 5° de 1.945.

Haciendo alusión a la Ley 155 de 1959, norma esta que si bien fue de las pioneras no incidió sensiblemente en el comportamiento de la vida industrial y comercial de Colombia, no por fallas del legislador sino porque su implementación al parecer no contó con voluntad política para ello. Sin embargo, según CEDEC II, (1998), las principales causas por las que esta ley pasó poco menos que de incógnita, son:

- La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país.

- La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas.
- La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica.
- Por último han señalado los estudiosos del tema, un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1º del Decreto 1.302 de 1964. En efecto, como se recordará, aunque el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 contiene un postulado general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia al estilo de la Ley Sherman o del artículo 85 del Tratado de Roma, el párrafo de dicho artículo establece la posibilidad de introducir excepciones a la prohibición general. El artículo 1º de la Ley dice lo siguiente:

"Artículo 1.- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."

"Parágrafo.- El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general."

Posteriormente al desarrollar el parágrafo transcrito, el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 dijo lo siguiente:

"Artículo 1.- Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considérense sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como: a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana; b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros."

Como se puede observar, el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 incorporó dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual se hacía virtualmente inoperante la ley de la competencia.

Normas de Carácter Supranacional: Por último se destaca en este punto la expedición de una normativa subregional sobre la competencia (Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena), que se constituye en el primer pronunciamiento que sobre este tema hace la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que se menciona dentro del presente estudio por cuanto se introduce de manera directa en nuestra legislación, debido a su carácter supranacional.

La importancia de la Decisión 285, dictada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el día 21 de marzo de 1991, consiste en que a través de su articulado se incorporan por primera vez normas detalladas tendientes a controlar las prácticas restrictivas de la competencia a nivel del Mercado Subregional Andino. Los antecedentes legislativos de esta Decisión se encuentran en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual le ordena a la Comisión adoptar a propuesta de la Junta, normas que prevengan o corrijan las practicas que tiendan a distorsionar la competencia, citando dentro de dicha categoría y de manera puramente enunciativa el dumping, las manipulaciones indebidas de los precios, las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efectos equivalentes.

En desarrollo del mencionado artículo, la Comisión expidió en diciembre de 1971, la Decisión 45, contentiva de normas y principios para controlar las prácticas tendientes a distorsionar la competencia, con base en la enumeración contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena atrás mencionado. En diciembre de 1987, la Comisión expidió la Decisión 230, que sustituye la Decisión 45 y que recoge en buena medida las recomendaciones de la Propuesta 168, presentada por la Junta como consecuencia de la

declaración de voluntad de los Países Miembros en el sentido de perfeccionar los mecanismos de la Decisión 45, expresada durante las deliberaciones del Protocolo de Quito.

La Constitución Política de 1991 y las Normas Sobre Competencia: La Nueva Constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del Estado para protegerla. A pesar de lo anterior hubiera sido preferible que la Constitución se refiriera al control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado.

Lo que si resulta meridianamente claro después de estudiar los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, es el sentido que se le quiso dar a la norma, el espíritu que el Legislador debe plasmar al desarrollar normativamente el principio constitucional. Así puede observarse cómo, a lo largo de los debates se plantearon diversas alternativas, grados e intensidades de control a las prácticas restrictivas de la competencia en general y de los monopolios en particular, para adoptar finalmente una posición madura, que corresponde con la evolución del Derecho Antimonopolístico en otras latitudes durante los últimos cien años.

Es así como se aceptó la tesis de que el monopolio o el poder de mercado, no es perjudicial en sí mismo, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado. En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las

primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre "Libertad Económica y Competencia", hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

Previamente, en el informe de ponencia sobre Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, presentado por los Constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Julio Cuevas y Guillermo Guerrero, que se encuentra publicado en la Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991 (páginas 7 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

"El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad."

Lo anterior puede considerarse como una posición inicial bastante dura, que permitiría hacer frente con éxito a los monopolios cuando éstos "perjudican a la comunidad", fórmula poco concreta que se presta a todo tipo de interpretaciones. Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional se empeñó, como quedó consignado en la introducción del presente documento, en desarrollar los principios constitucionales relacionados con la garantía del derecho a la libre competencia y la consecuencial prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la Competencia (Pejoves Macedo, 2003)

Lo anterior se torna claramente evidente cuando el gobierno, en cumplimiento de sus intenciones manifiestas, promueve la expedición del Decreto 2.153 de 1992, el cual sumado al contenido de la ya mencionada Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo más importante del país en materia de Derecho de la Competencia, dentro del marco normativo constitucional y legal vigente.

Haciendo uso de las facultades que el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política le otorgara al Gobierno para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, "con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional...", el Presidente de la República puso en vigencia un paquete que buscaba la modernización de las instituciones, dentro del cual se incluye el Decreto 2.153 de 1992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones". El Decreto 2.153 de 1992 está compuesto de dos partes plenamente diferenciables:

Del artículo 1 al 43 y del 53 al 59, el Decreto reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, estableciendo claramente sus funciones y creando dos nuevas instituciones que indudablemente tendrán gran repercusión sobre el desarrollo del Derecho de la Competencia; hablo naturalmente de la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia (Arts. 11 y 12), y del Consejo Asesor para la Promoción de la Competencia (Art. 24). El capítulo V, titulado "Disposiciones Complementarias", que va del art 44 al 52 del Decreto, contiene la nueva legislación de la competencia, estableciendo importantes definiciones (Art. 45); una prohibición general que remite a la Ley 155 de 1959 (Art. 46); prohibición a los acuerdos contrarios a la libre competencia (Art. 47); prohibición a los actos contrarios a la libre competencia (Art. 48); prohibición

a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado (Art. 50); normas relativas a la autorización estatal necesaria para la integración de empresas (Art. 51); y procedimiento para la aplicación de las normas sobre competencia (Art. 52).

En contraste con la norma de la Ley 155 de 1959, el numeral 3° del artículo 48 del Decreto 2.153 de 1992 establece lo siguiente: "Artículo 48.- Actos Contrarios a la Libre Competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

"3. Negarse a vender o prestar a una empresa o discriminar contra la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios" Pues bien, como se puede observar, los criterios de las dos normas transcritas, son absolutamente disímiles. De una parte, está la Ley 155 que califica de competencia desleal cualquier acto que atente contra el "*resale price aintenance*" de un producto, por parte de mayoristas o minoristas y, por otro lado está el decreto 2.153 que califica como acto contrario a la libre competencia, el "*unilateral refusal to deal*" de la empresa que se ve afectada por el acto de competencia desleal, la cual tendrá que seguir vendiéndole su mercancía al infractor, quedándole como único remedio el dirigirse a la Superintendencia de Industria y Comercio para que tome las medidas del caso. Como este, aparecen muchos casos dignos de mención, tales como la inconsistencia de criterios entre el artículo 4° de la Ley 155 de 195 y el artículo 51 del decreto 2.153 de 1992; o la disparidad entre el artículo 2° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 5° del artículo 45 del decreto 2.153 de 1992.

6.1 EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Para efectos del desarrollo de este aparte, se toma como referente la Ley 142 de 1994, en la que se hace énfasis y referencia especial sobre la temática de la Posición Dominante.

Por mucho tiempo en Colombia la prestación de servicios públicos se constituyó en monopolio del Estado, producto de un mercado en el que no cabía la iniciativa particular ni en la prestación mínima ni en la recepción del servicio. El consumidor no era escuchado en sus quejas y reclamos y la naturaleza monopolística del mercado impedía el acceso a personas que pudieran prestar el servicio de manera mejor y más eficiente (Burgos Duranto, 2010. Abuso de la posición de dominio).

Esta situación conllevó al legislador a expedir, dentro del estatuto general de los servicios públicos, normas que generaran y estimularan 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 servicios sean fijados por las reglas de mercado como “señales adecuadas de costo”

La legislación vigente en el momento de la expedición de la Ley 142 de 1994, define posición dominante como “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado”. (Ley 142 de 1994). En tal sentido, el legislador colombiano ha establecido:

- 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 personas. El superintendente puede inclusive llegar a tomar posesión de la empresa que abuse de su posición dominante, si los administradores persisten en violar las normas que regulan la competencia.

Esta 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 América y en el derecho europeo. En ellas, si bien la posición dominante puede en determinados momentos constituirse en una amenaza para la sana competencia, no por ello se impide hacer uso de las ventajas que de ella derivan, siempre y cuando no se inflija daño ilícito a la competencia y, sobre todo, cuando en uso de la posición dominante no se afecte el interés legítimo del consumidor.

En ese orden de pensamientos, es posible concebir 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 natural y libremente. Entre otras cosas, porque la posición dominante no siempre es voluntad de quien la detenta sino que también puede darse por efectos económicos que pueden llevar a situación difícil a la competencia, dejando a un participante en el mercado en una situación que, aunque le beneficia en extremo, no fue provocada por él.

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

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por medio de la cual el Estado ejerce control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos, al igual que vigila y controla el cumplimiento de las leyes puede inclusive llegar a tomar posesión de la empresa que abuse de una posición dominante, si sus administradores persisten en violar tales normas que regulan la competencia.

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 pertinente es que la Superintendencia de Industria y Comercio asuma en su totalidad el trámite de investigación y sanción, tal como se hizo en el sector salud, en el cual 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.

Las comisiones de regulación debe 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 (Colombia, Ley 142 de 1994).

A las comisiones les corresponde también ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda cuando se encuentre que tal empresa utiliza su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia.

Para efectos de lo anteriormente expuesto, se entiende como Posición Dominante en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios “la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios y la que tiene una empresa respecto del mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos a este, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

La problemática del abuso de la posición dominante en el mercado se encuentra íntimamente ligada en Colombia, a la constante histórica de la concentración de la propiedad y por consiguiente de los mercados (Miranda Londoño, abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia. CEDEC, 1993) a la luz del derecho comparado. La concentración de los mercados es considerada en aquellos países que nos han precedido en el desarrollo y análisis del Derecho de la Competencia, como un factor importante en la formación de empresas con posición dominante en el mercado, que eventualmente pueden incurrir en abusos de dicha posición y generar importantes desigualdades de tipo económico y social, con gran perjuicio para la estabilidad económica, social y política del país. Entre nosotros el tema ha adquirido una gran

relevancia, como consecuencia de las políticas sobre promoción de la competencia y apertura económica adoptadas por los dos últimos gobiernos, pero sobre todo, a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, ya que por primera vez en nuestra historia constitucional se incluye en la Carta Fundamental una referencia expresa al Derecho de la Competencia, y surge por lo tanto la necesidad de modernizar la legislación sobre la materia contenida hasta 1992 en la muy comentada y poco aplicada Ley 155 de 1959 y sus decretos extraordinarios y reglamentarios.

Es así como desde la expedición de la Nueva Constitución, el Gobierno nacional demostró una gran preocupación por la materia, la cual se manifestó en la formación de comisiones, que con el apoyo de expertos extranjeros contribuyeron a la elaboración del articulado que bajo el liderazgo de la Superintendencia de Industria y Comercio, se convertiría en el Decreto 2.153 de 1992, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, con el fin de modernizar las instituciones y adecuarlas a la Nueva Constitución (CEDEC II. Revista Jurídica, 1998).

6.2 LA LEY 256 DE 1996

En el año 1996 ve la luz la Ley 256, por medio de la cual se dictan medidas relacionadas con la competencia desleal. Esta norma sería un paso orientado a las intenciones ya evidentes del Estado colombiano de establecer conexiones comerciales especiales con algunos países del mundo, especialmente con los Estados Unidos, miembros de la Comunidad Andina de Naciones –CAN- y posteriormente, como

sucedió en efecto, con la Comunidad Europea y con países como Japón, sumamente importante en el comercio mundial.

El objeto de la ley 256 es, sin perjuicio de otras formas de protección, 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 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

La aplicación del mencionado artículo es prevista en la Ley 178 de 1994, en cuanto a los comportamientos tipificados, siempre y cuando los mismos se den dentro del mercado y estén dirigidos al logro de fines concurrenciales, presumibles en relación con las circunstancias que rodean al acto que se considera idóneo para mantener o incentivar una determinada participación en el mercado, sea por cuenta propia o por intermediación de un tercero.

En cuanto a la finalidad concurrencial del acto, la misma 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.

Esta Ley se les 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. En lo relacionado al ámbito territorial, la norma se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

En cuanto toca a las prestaciones mercantiles, la ley establece que las mismas 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.

La 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.

6.2.1 ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

A partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, 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 y sujeción a lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial. a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado” (Colombia, Ley 256, 1996)

Aunque ya existía un concepto previo de la desviación de clientela, en la norma objeto de discusión se establece que se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

De otro lado, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Haciendo eco del 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.

En esa misma línea de pensamiento 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 alcanza 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.

Siempre con sujeción al Convenio de París, debidamente ratificado por Colombia, en la Ley 256 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. Igualmente 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. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables.

En lo tocante a los actos de imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, dice la nueva norma, 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.

En el artículo 15 se hace la referencia a la explotación de la reputación ajena, considerándose 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, en la Ley 256 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". (Ley 256 art. 15)

En cuanto se relaciona con la violación de secretos 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 así mismo 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 concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de esta ley.

La inducción a la ruptura de contrato se considera también acto de deslealtad en la competencia y la norma, en su tipificación, establece que 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.

Se considera igualmente 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, dice la norma ha de ser significativa.

El legislador se ocupó también de los pactos de exclusividad y en consecuencia plasmó que 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. Al respecto es de aclarar que la honorable Corte Constitucional declaró exequible este artículo, en los términos contenidos en la sentencia respectiva

La Ley no estaría debidamente diseñada si no se previeran en la misma las acciones que se pueden emprender contra los actos de competencia desleal y por ello, en el artículo 20, establece (Colombia, Ley 256 de 1996)

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 de la presente Ley.

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

Atendiendo a lo establecido en 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 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 o la conservación de un orden económico de libre competencia.

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

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.

En cuanto a la prescripción de las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto.

En cuanto a las acciones procesales, se establece en el artículo 25, 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. Esto fue posteriormente derogado en la Ley 1564 del año 2012.

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 se produzcan sus efectos.

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

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

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

Gran parte del procedimiento dirigido a hacer valer el contenido de la presente ley, fue derogado en el art. 626, literal C, de la Ley 1564 de 2012, la cual entró en vigencia a comienzos del año 2014 y es conocida generalmente como Código Procesal Colombiano.

6.3 NUESTRO COMENTARIO

A la luz de la información anteriormente expuesta, se evidencia que la normatividad colombiana, aunque había dado un gran paso adelante con la adopción normativa en la década de los años 1950, no por eso puede afirmarse que fuese una legislación moderna y, antes por el contrario, han sido las necesidades de apertura de mercados las que han puesto en evidencia la falta de una normatividad flexible pero firme, que permita al país participar de los beneficios de un mercado internacional cada vez más adecuado a las necesidades de la sociedad moderna.

En el texto de la ley anteriormente comentado, queda establecido que el ordenamiento jurídico colombiano en materia de competencia desleal se sujeta a las contemplaciones del Acuerdo de París, lo cual viene a evidenciar lo que anteriormente se había expresado, en el sentido que la modernización de las normas colombianas en materia objeto de comercio, estaban destinadas a modernizar y dinamizar la legislación, para hacerla asequible a nuevos convenios internacionales que se cristalizaron con la entrada en vigencia de varios Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, Canadá, Unión Europea, Japón y/o países de la región suramericana, abriendo así las fronteras comerciales colombianas con sujeción a los convencionalismos que sobre la materia aplican en todo el mundo o, al menos, en gran parte del mismo, dentro de un aparte del fenómeno denominado globalización y que busca integrar a las naciones a condiciones comerciales que sean compatibles con todas las culturas, con todas las tradiciones y condiciones generales de comercio e industria, en el mundo.

Lo anterior es entendible si se tiene en cuenta que, generalmente, este tipo de convenios está sujeto a la adaptación de las normas internas de cada país a la normatividad internacional. De ahí que, en la Ley 1564, se diera acogida a convenios que ya estaban ratificados por Colombia pero que era necesario reiterar voluntariamente, para que los acuerdos se cumplan y los comerciantes e industriales colombianos puedan acceder en condiciones de igualdad, a los mercados internacionales.

No obstante lo anterior, es de recordar que esa aceptación debe ser retributiva y que se espera, del Estado colombiano, que respalde y haga respetar a los colombianos y empresas colombianas que, en cualquier momento, puedan verse afectadas por algunas situaciones que se originan en la sujeción a normas y tradiciones en otros países, desconociendo así el esfuerzo nacional a aceptar la sumisión a lo establecido en códigos de países diferentes, en aras de una actividad comercial armoniosa y benéfica para ambas partes.

Aún es temprano para emitir conceptos sobre este aspecto. Sin embargo, seguramente no se dará a esperar mucho para que las diferencias se presenten y, en tal caso, lo menos que se puede esperar es que el Estado, sujetándose a las letras vigentes, brinde el apoyo necesario para que los colombianos puedan disfrutar de salud procesal en estrados internacionales.

7. INFORMACION SOBRE CASOS CONCRETOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA

Cuando existe una normatividad, resulta elemental esperar que la misma sea tenida en cuenta y aplicada con principios de igualdad, proporcionalidad y siempre desde la perspectiva del bien común. En el caso objeto de discusión, es decir, la libre competencia dentro del marco de la lealtad, se observa cómo resulta evidente que el choque entre multinacionales lleva a prácticas que son poco respetuosas o que, por lo menos, se apartan del espíritu de la ley y de la línea de pensamientos que inspiraron a legislador en la creación de normas de control sobre competencia desleal. Esos casos dan como resultado la aplicación de sanciones contempladas en las normas vigentes y, a manera de ilustración, se incluyen algunos casos concretos en el presente documento.

7.1 CASO DETERGENTE ARIEL (SIC. Informe de Gestión, 2013)

De acuerdo con un boletín de la Superintendencia, se encontró que la información de P&G en los comerciales, en los que se compara Ariel con otros productos de la misma categoría, no era lo suficientemente clara y podía generar confusión en el consumidor que podía entender que el producto al que se hacía referencia era FAB, de Unilever.

En los comerciales se dice que Ariel remueve las manchas en una sola lavada, mientras que el otro detergente lo hace en tres. Tesis que la marca prueba con una

demostración, lo que para la SIC podría generar la idea de que Ariel es científicamente mejor que otros detergentes y configuraría los actos desleales de engaño y descrédito.

“La medida cautelar judicial anticipada es de inmediato cumplimiento y contra ella pueden interponerse los recursos de reposición ante la misma Superintendencia de Industria y Comercio y el de apelación ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. En todo caso, la presentación de recursos contra la decisión no evita el cumplimiento de la medida”, dice el boletín de la Superintendencia.

7.2 OTROS CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL (SIC. Informe de gestión 2014)

Cinco investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio a empresas que habían sido denunciadas por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal terminaron con la imposición de sanciones y multas.

La superintendente encargada de Industria, Mónica Murcia Pérez, señaló que los resultados de estas investigaciones permitirán garantizar la eliminación de prácticas desleales y monopolísticas, ejecutadas por industriales, comerciantes y entidades oficiales.

Los casos de competencia desleal se confirmaron en las empresas Aviexpress, Intecma S.A., Comunicaciones VAR y Labcare de Colombia.

En el caso de Aviexpress, la Superindustria impuso una sanción por 20 millones de pesos al establecer que se creó confusión con la prestación mercantil o establecimientos ajenos.

La queja contra Aviexpress había sido puesta por Aviatur, empresa que denunció actos de confusión y desviación de clientela con la prestación mercantil de servicios de correos rápidos.

A la empresa Intecma se le ordenó terminar con las conductas de competencia desleal y se le impuso una multa de 35 millones de pesos. Para Comunicaciones VAR la multa fue de 1,5 millones de pesos. La queja fue interpuesta por Telecom, al señalar que la compañía adelantaba actos de confusión por utilizar un logotipo inspirado en el mapamundi con los colores azul y rojo que tiene registrada la compañía estatal de comunicaciones.

En el caso de Labcare la sanción fue de 30 millones de pesos y se impuso además a dos personas naturales, Alfredo Torres y Giovanna Moreno, por comprobarse desviación de clientela.

Otra de las investigaciones adelantada por la Superindustria tiene que ver con la ejecución de prácticas comerciales restrictivas.

Esta investigación se inició luego de que ANATO denunciara a Ashotel y a varios hoteles de San Andrés por acordar condiciones de venta para la prestación de sus servicios a las agencias de viajes que venden paquetes turísticos a la isla.

Las empresas sancionadas con esta práctica fueron Inversiones Vidal Urrea; Leonor Espinosa de Sosa, propietaria del hotel Calipso Beach; Lord Pierre Hotel; Inversiones Campo isleño; hotel Caribe Campo San Luis; Hotel Internacional Sunrise Beach y la sociedad Hotel Tiuna.

A cada hotel se le impuso una multa de 8 millones de pesos y a cada representante legal de 2 millones de pesos, según confirmó la superintendente encargada de Industria y Comercio.

7.3. CLARO SANCIONADO POR COMPETENCIA DESLEAL (SIC, Informe de Gestión 2013)

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), sancionó a Claro a pagar una multa de \$908.891.312 a la Compañía Móvil (**Tigo**), tras encontrar que la empresa “incurrió en actos de competencia desleal de desviación de la clientela, engaño y violación de normas”.

La conducta de competencia desleal consistió en que asesores comerciales de Claro ofrecían una promoción de un chip gratis de la misma compañía, bajo la condición de tener una línea con otro operador, solicitándole al usuario el número de dicha línea.

Al usuario le informaban que le iba a llegar un código de la promoción vía mensaje de texto, el cual debía ser informado al asesor, quien con ese código, que realmente era el NIP, efectuaba la portabilidad sin consentimiento del usuario, quien a los pocos días se enteraba que su número había sido portado a la red de Claro.

Según el fallo de la SIC, se declara que Comunicación Celular S.A. (Claro), incurrió en los actos de competencia desleal, de desviación de la clientela, engaño y violación de normas, lo que en consecuencia ordena el pago a favor de Colombia Móvil S.A., dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoría de la providencia, más de 900 millones de pesos. Pasado este término, la parte opositora deberá reconocer intereses de mora, liquidados a la tasa del 6 por ciento anual.

De igual manera, se ordena la suspensión inmediata del comportamiento que dio lugar a la declaración de deslealtad y la nulidad de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

Con el ánimo de documentar lo mejor posible este trabajo, se realizó una exploración en las redes electrónicas, hallándose una compilación de casos de empresas que han sido sancionadas por no sujeción a las normas que regulan la competencia desleal en Colombia:

Una síntesis de la actuación de las autoridades en materia de control de competencia desleal, se observa a continuación en el informe abreviado de la SIC.

Empresas	Motivo de investigación	Resultado
Asociación de Líneas Aéreas Internacionales Aliado, Avianca, Sam, Aces, Varig, y seis compañías más.	Fijación de precios. Las aerolíneas unificaron la tarifa de la multa por la devolución de tiquetes.	Aceptación de garantías
		- Se debe desmontar la fijación de tarifas.
		- Fijar tarifas de acuerdo con los costos administrativos.
		- Póliza de cumplimiento de garantías por \$520 millones para Sam y Avianca y \$260 millones para las demás.
		- Presentar trimestralmente un informe a la SIC.
Casa Luker y Nacional de Chocolates	Fijación de precios en chocolates dulces, amargos y cocoas	Aceptación de garantías
		- Deben terminar la conducta.
		- No realizar o tolerar acuerdos.
		- Cada una de manera individual debe fijar sus precios.
		- Informar a la SIC sobre variación en los precios.
		- Presentar informe semestral sobre precios a la SIC.
		- Póliza de cumplimiento por \$520 millones para cada una.
Postobón	Fijación de precios en bebidas gaseosas y repartición de mercados	Aceptación de garantías
Panamco Indega		- Desmonte de dicha conducta.
Bavaria		- Informe trimestral sobre variaciones de precios.
		- Dar a conocer los compromisos adquiridos.
		- Póliza de garantía por \$520 millones para cada embotelladora y \$52 millones para cada representante legal.
		- Modificación de contratos de distribución.

FUENTE: SIC. 2013.

Agribrands Purina Colombiana y sus 6 distribuidores	Repartición de mercados	Aceptación de garantías
		- Desmontar acuerdo de distribución de zonas.
		- Firmar nuevos contratos con los distribuidores.
		- Capacitar sobre prácticas comerciales restrictivas.
		- Purina debe abstenerse de entregar lista de precios sugeridos a los consumidores.
Lonja de Propiedad Raíz Medellín y otras sociedades inmobiliarias	Fijación de precios en los servicios inmobiliarios	Aceptación de garantías
		- Programa de capacitación en competencia.
		- Publicación en su directorio de afiliados sobre la libertad tarifaria por servicios inmobiliarios.
		- La Lonja debe suprimir la imposición de tarifas.
		- Remisión de informes trimestrales sobre precios.
		- Póliza por \$100 millones para la Lonja y de \$25 millones para cada una de las inmobiliarias.
Colanta y Derilac	Acuerdo de precios de la leche entre procesadores	- Sanción de \$100 millones para la primera y \$50 millones para la segunda.
Lonja de Bogotá, de Cali y otras agencias	Fijación de precios en servicios inmobiliarios	- Sanción de \$25 millones para cada una.
Coltavira	Influir sobre sus distribuidores para que desistieran de rebajar precios	- Sanción por \$100 millones
Global Datatel	No informó a la SIC sobre su integración	- Sanción por \$300 millones
Andevip y 13 empresas de vigilancia	Prácticas tendientes a limitar la libre competencia y fijación de precios	- Sanción de \$581,5 millones por acuerdo de tarifas.
		- Desmante del acuerdo reportando a la Superintendencia.

FUENTE: SIC. 2013.

La relación anterior ha sido incluida en este documento con el fin de demostrar que en Colombia sí se ejerce control normativo sobre el comportamiento de las entidades comerciales en materia de competencia sujeta a las normas vigentes. Es presumible que estas sanciones se emiten cuando en el proceso investigativo ha quedado demostrado que se violaron normas vigentes y que con esa violación se causó daño a un tercero, cuyos intereses legítimos deben ser protegidos por la SIC, siempre dentro del marco legal vigente y con la guarda de las garantías constitucionales, en particular lo relativo al Debido Proceso.

7.4 ANALISIS DE LA INFORMACIÓN

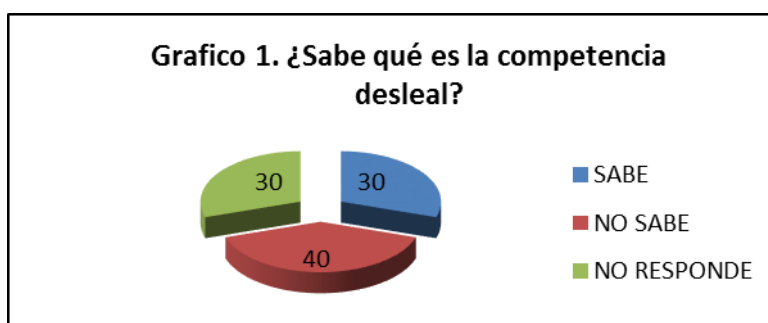
La autora, con el ánimo de ampliar el radio de análisis en relación con la problemática objeto de este trabajo, consultó la opinión de diez comerciantes del centro de la ciudad de Barranquilla, acerca de la competencia desleal como figura central del estudio; la consulta se basó en un cuestionario de cinco preguntas, en las cuales se concentran los aspectos más neurálgicos de la competencia desleal, no a nivel de grandes empresas, sino en relación con quienes ejercen la actividad económica regularmente y que tienen contacto directo con algunas acciones que derivan del devenir de esta actividad, quienes a pesar de ser pequeños comerciantes formales, quienes con un registro mercantil ante cámara de comercio de sus establecimientos de comercio, lo hacen con el fin de cumplir requisitos necesarios para ejercer la actividad comercial sin infringir las normas, pero desconocen a fondo la normatividad que los protege entre homólogos y que los hace responsables ante sus clientes, toda vez que sus acciones en afán de obtener una utilidad producto de la relación comercial en muchas ocasiones

lesionan los intereses de sus pares y de los consumidores en general, parte más débil de la relación en principio.

El cuestionario consta de las siguientes cinco preguntas:

1. ¿Sabe usted qué es la competencia desleal en Colombia?

R/. Sólo el 30% mostró tener una noción clara sobre lo que es la competencia desleal; un 40% dijo no saber nada del tema y un 30% se abstuvo de responder a la pregunta.



FUENTE: instrumento aplicado por la autora a comerciantes formales de la ciudad de Barranquilla.

Cuando existe una normatividad clara, que afecta a determinado gremio, se entiende que es rol del Estado promover una cultura de conocimiento y concientización sobre el alcance de la norma, para que quienes se vean inmersos en el marco respectivo, sepan cuáles son los alcances de la ley y cómo deben proceder cuando estimen que el Estado, como garante de sus derechos, esté llamado a proceder en la defensa de sus intereses legítimos.

En Colombia, se habla de competencia desleal en muchas ocasiones, confundiendo el uso legítimo de la posición dominante con la auténtica competencia desleal; en otra

dirección de pensamientos, en muchas ocasiones el comerciante resulta ser lesionado en sus intereses de manera injusta e ilegal y desconoce que existe una ley que lo ampara y que hay recursos legales que puede utilizar para defenderse dentro del marco de la legitimidad. En síntesis, no hay cultura pedagógica en materia legislativa. Las leyes son conocidas por quienes las promueven y por quienes tienen grandes intereses que defender en ese sentido. En páginas anteriores se observó cómo la recopilación de casos de sanciones por competencia desleal, se centra en multinacionales y en grandes empresas colombianas, poniendo en evidencia que la ley tiene validez pero que su alcance en materia de conocimientos es bastante limitada.

2. ¿Qué criterios tienen en cuenta en su medio para fijación de precios?

R/. El 90% manifestó que “nos ponemos de acuerdo” y un 10% no respondió a la pregunta.



FUENTE: Instrumento aplicado.

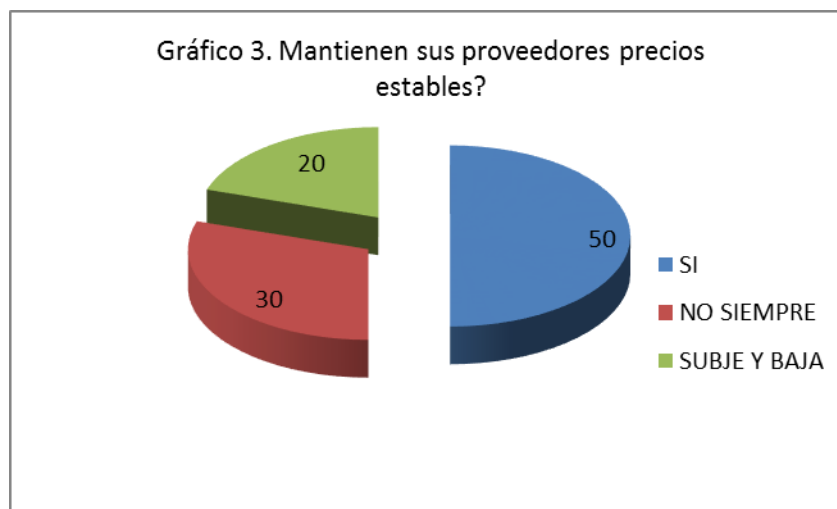
Este aspecto es de vital importancia. “Nos ponemos de acuerdo” es una expresión que manifiesta cómo la voluntad común de determinados gremios incide sensiblemente en la economía del consumidor, hecho que no es desconocido por las autoridades, cuando en

determinadas épocas establecen “controles especiales” para evitar el abuso en los precios y en el expendio de productos defectuosos, de imitación o, simplemente, de contrabando.

El acuerdo, sin embargo, no puede ser atribuido como conducta exclusiva del mediano y pequeño comerciante. En el período legislativo anterior se llevó a cabo un debate en el Congreso, para determinar por qué en Colombia el cemento tiene un costo que es equivalente al 300% del valor que se paga regularmente en otros países vecinos y del resto de la región latinoamericana (Canal RCN. Noticias RCN de las 7:00 p.m.). Lastimosa e incomprensiblemente, el debate fue interrumpido y no se llegó a ninguna conclusión, pero dejó en evidencia que existe acuerdo entre los productores de cemento en el país, para manejar una línea de precios; más aún: en el debate se expresó que los productores se distribuyen el territorio proporcionalmente, de manera que no exista competencia significativa entre ellos, en lo que bien podría ser una clara muestra de abuso de la posición dominante, al obligar al consumidor a pagar precios prohibitivos ante la falta de alternativas y ante la carencia de una competencia sana que permita explorar otras oportunidades para la adquisición del producto.

3. ¿Mantienen sus proveedores una línea de precios que le permita a usted brindar sus productos a precios sostenibles?

R/. Un 50% manifestó que sí; un 30% dijo que “no siempre” y un 20% manifestó que los precios “bajan y suben como todo”.



FUENTE: Instrumento aplicado.

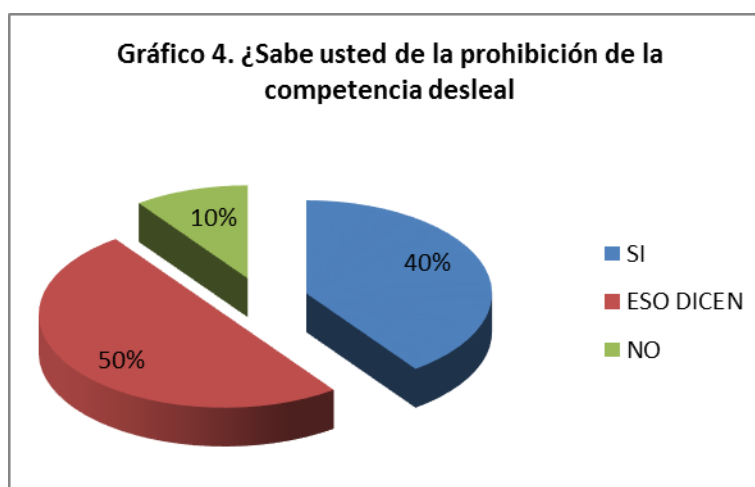
La estructura del mercado en Colombia permite que los precios oscilen dependiendo de las épocas y de condiciones especiales. En algunos casos, la competencia desleal se manifiesta cuando, habiendo escasez de un producto, los grandes comerciantes acaparan la escasa producción, lo cual les permite manejar precios que, en la realidad, carecen de vigilancia por parte de las autoridades. Esto genera una inestabilidad de precios y, en no pocas ocasiones, se constituye en motivo de alza ya que, normalizada la situación, rara vez el producto es expendido al precio a que era vendido anteriormente, es decir, se omite el deber de retroactividad una vez estabilizado el precio y eliminadas las causas que dieron lugar a la variación o aumento del precio, en detrimento del consumidor.

La libertad de actividad económica consagrada en el art. 333 de la Carta Política no puede ser tomada como amparo de una actitud de acaparamiento por parte de las grandes cadenas de supermercados, en las cuales es fácil hallar productos que en otros puntos con menor capacidad de adquisición con fines comerciales, no se hallan disponibles. En

esa dirección de pensamientos, no existe una garantía de precio justo al consumidor, cuando éste no tiene alternativas que le sirvan de referencia para la toma de decisiones ajustadas a sus intereses.

4. ¿Sabe usted que en Colombia hay una ley que prohíbe la competencia desleal?

Un 40% respondió afirmativamente; un 50% respondió que “eso dicen” y un 10% dijo no tener conocimiento de la ley.



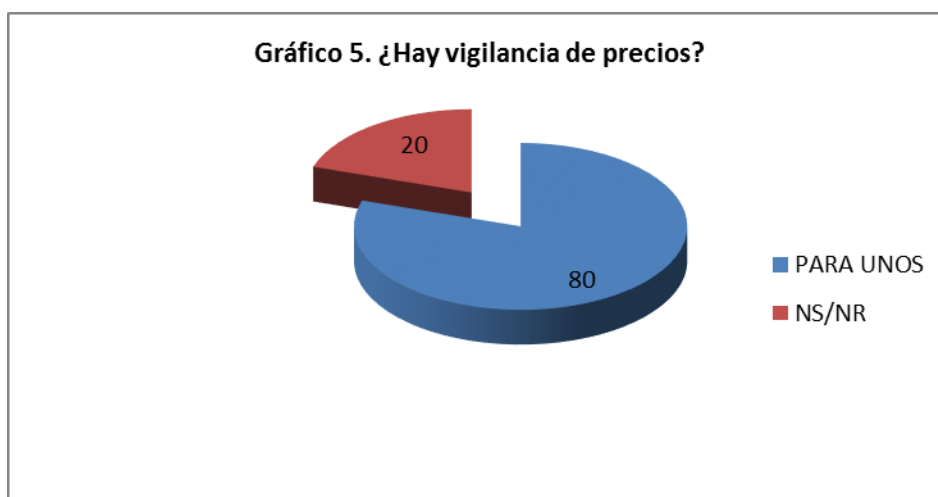
FUENTE: Instrumento aplicado.

En líneas anteriores se habló de la cultura legislativa como una de las falencias más evidentes en el país, en materia de leyes, que se promulgan pero no se socializan adecuadamente. . En el caso del comercio y la industria, se debe establecer un procedimiento que sea similar al que se aplica para muchas disciplinas y ocupaciones, como sucede con los conductores, los cuales deben conocer las normas de tránsito para acceder a su licencia de conducción. De igual manera, las Cámaras de Comercio deben promover campañas educativas para que los comerciantes e industriales conozcan el

marco en el que se desenvuelven, cuáles son sus derechos y deberes y cuáles las conductas que deben evitar, so pena de verse inmersos en problemas de judicialización por actos indebidos o vulneración de derechos de los demás.

5. ¿En Colombia existe vigilancia de precios?

Curiosamente, el 80% respondió que “para los de abajo, sí” y un 20% prefirió no responder a la pregunta.



FUENTE: Instrumento aplicado.

En Colombia se habla con regularidad de los altos precios de las medicinas, en comparación con otros países. Es quizá esto a lo que se refiere el grueso de la muestra entrevistada, cuando dice que “para algunos”, “para los de abajo” o “para los más pequeños”, en señal de que son conscientes de que los grandes comerciantes, los grandes inversionistas, gozan de “libertad vigilada de precios”, un eufemismo que esconde la incompetencia del Estado para establecer normas que permitan no sólo el beneficio del comprador sino la estabilidad de los pequeños y medianos comerciantes, que deben manejar precios diferentes en muchas ocasiones, porque no pueden comprar en las

mismas cantidades que compran los grandes compradores, con ventajas de descuento por escala, descuentos efectivos y descuentos por pronto pago o financieros.

A partir de la exploración anterior, la autora toma conciencia de que, en realidad, existe una normatividad que al parecer tiene validez a alto nivel; se sancionan las grandes violaciones de la ley de competencia desleal pero no se ejerce un control integral que permita afirmar que en realidad hay un Estado garante, conforme lo dispone la Constitución, cuando habla del Estado Social de Derecho y cuando establece una libertad de economía y empresa (art. 333), siempre bajo la tutela del Estado para proteger al constituyente primario.

Las normas que vigilan la competencia en Colombia no pueden limitarse a las grandes empresas, entre otras cosas, porque si esas grandes multinacionales son el referente, entonces hay que decir que en Colombia no hay vigilancia oficial sobre el comportamiento de la industria y el comercio.

Así lo evidencian situaciones ya reseñadas, como el caso del cemento, de las medicinas, los monopolios de producción y comercialización cafetera, el monopolio de las gaseosas y de la industria cervecera, abiertamente constituidas en monopolio que esconden su naturaleza con el mismo producto, expendido con distintas marcas, para generar una sensación de mercado de competencia en el consumidor, cuando puede escoger la “mejor marca” cuando, en realidad, se trata del mismo producto expendido con presentación y etiqueta diferentes.

CONCLUSIONES

En Colombia la adopción de medidas y normatividad vigentes en otros países tiene un carácter positivo para los colombianos, ya que se trata de aprovechar el conocimiento y la experiencia de otras culturas mucho más antiguas y mejor estructuradas, gracias a su evolución, desarrollo y conocimiento de causas.

La existencia en Colombia de una ley que regula la competencia desleal, es también positivo, en la medida en que esa regulación apunte a la estabilidad de los mercados, a una libre competencia basada en la igualdad y en la sujeción a las normas vigentes.

La Superintendencia de Industria y Comercio al ejercer una vigilancia “cercana” a los industriales y comerciantes, por ser un ente de control y por ende sancionatorio, brinda mayor seguridad y confiabilidad en la normatividad vigente respecto al tema objeto de esta investigación. Como también lo es la modernización de la normatividad, para estar acordes con la exigencia de los mercados internacionales, más abiertos hoy día pero, al tiempo, más exigentes en cuanto a procedimientos de producción, control de precios, vigilancia de procesos de producción, empaque, conservación y envío de los productos al comprador.

Esto quiere decir que la modernización no se adquiere con la sola puesta en vigencia de nuevas leyes, de nuevas normas; si las normas no se promulgan adecuadamente, con la misma frecuencia que se promueven las leyes de comportamiento electoral, por citar sólo un ejemplo, de nada valdrá tener un aparato legislativo eficiente, con normas

modernas, si el ciudadano no las conoce y por ello no las invoca cuando debe, puesto que se estará hablando de letra muerta, normas escritas para que nadie las lea.

Se es consciente de que en todas las naciones hay personas que no conocen las intimidades de su actividad comercial, porque no les interesa o no lo necesitan. Sin embargo, ello es indicador del potencial peligro del comportamiento inadecuado que en cualquier momento puede asumir ese comerciante o industrial, en detrimento del interés legítimo de los ciudadanos e incluso, del mismo Estado, como sucede con el contrabando, el cual se fundamenta en la comparación horizontal que hace el contrabandista entre los precios internos y los precios externos, desconociendo el pago de tributos que le cobija, en razón de la actividad que ejerza.

Cuando se realiza esta exploración, se tiene oportunidad de conocer criterios que el ciudadano desconoce generalmente, como los que se aplican para que el gran inversionista respete la normatividad colombiana. Sin embargo, se estima que las sanciones deben orientarse al beneficio del que es perjudicado por la acción ilegal. Se dice esto porque, en el caso de la telefonía móvil, el Estado impone multimillonarias multas a los operadores de esta actividad, por violaciones que cometen a diario, en detrimento del usuario, del consumidor final de su servicio.

Desde esta óptica, se tiene que el Estado se lucra de la acción indebida del comerciante o del industrial, como en el caso del cemento, en el cual no se conocen sanciones, ni pronunciamientos oficiales, ni intenciones estatales dirigidas a controlar el fenómeno de la venta del cemento a precios exorbitantes, lesionando al ciudadano, que

debe pagar por sus viviendas un costo sumamente alto, como extensión que del sobreprecio le hace el constructor.

Vistas así las cosas, de nada sirven las normas modernas. De nada sirven las normas actualizadas y armonizadas con las de otros países, puesto que el beneficio que de ello debe desprenderse para el ciudadano común, queda siempre en los tinteros y en las buenas intenciones del funcionario que debe velar por la debida aplicación de las normas.

Al margen de lo anterior conviene señalar que, si el país pretende abrir sus fronteras comerciales como ya lo ha hecho con algunos países, a través de convenios regionales y de tratados de libre comercio, una de las condiciones básicas que debe tener es una legislación sólida y confiable, que incentive la inversión extranjera, dentro de un margen de seguridad financiera y comercial.

Las normas actualmente vigentes apuntan a la garantía del equilibrio en materia comercial, en Colombia quiere esto decir que es de reconocer la labor legislativa; aun así, se considera que la búsqueda de la optimización de la legislación debe apuntar a la preservación de los intereses legítimos de los comerciantes e inversionistas colombianos y de los extranjeros. Desde esa perspectiva, es de señalar que aún queda mucho por establecer legislativamente, incluso en materia institucional e incluso estatal.

En efecto, en la ciudad de Barranquilla, como en Cartagena y Santa Marta, se viene debatiendo la posibilidad del “descargue en fondeo”, una figura que muchos

inversionistas consideran lesiva a sus intereses, por considerar que los afecta en cuanto tiene que ver con costos operativos y que, además, tildan de desleal, al adoptar una mecánica que deja obsoleta la infraestructura y logística de los puertos, tal como se halla en la actualidad, lesionando sus intereses.

Esto es apenas una muestra de cómo es necesario el análisis de la situación del país en materia de legislación comercial desde la perspectiva productor-consumidor y desde la interacción productor-productor, que es donde la competencia desleal halla cabida, en detrimento de los intereses de uno y en beneficio de los del contrario.

Así las cosas, se estima que es el momento de “pensar en grande” en materia legislativa, para que con motivo de los tratados internacionales, el entarimado jurídico comercial colombiano no se vea incompetente o insuficiente ante las exigencias de la variedad de situaciones futuras que muy seguramente se presentarán, producto de la integración económica con los demás países del mundo.

RECOMENDACIONES

Ante la situación permanentemente cambiante que se viene dando y que se seguirá dando en el comercio internacional, se estima que el país deba adoptar una postura de permanente vigilancia de las condiciones en que se desarrolla esa actividad, a fin de ser competitiva, no sólo en condiciones comerciales, logística y calidad de productos, sino en lo que tiene que ver con la normatividad que aplica en tal sentido, en la actualidad.

La legislación colombiana tiene que adaptarse positivamente a las normas del comercio internacional, pero para ello deberá primero revisar y fortalecer la aplicación interna de las normas de la materia. Se debe propender por el fortalecimiento de la industria y el comercio, a partir de un tratamiento justo al consumidor y un desenvolvimiento equitativo entre competidores, de manera que se dé una identidad específica a la legislación comercial colombiana, proyectando una imagen positiva hacia el exterior y fortaleciendo la confianza del consumidor interno, como factor predisponente al buen resultado económico en el futuro.

Colombia es un país cargado de leyes, podría decirse que es uno de los países donde mayor normatividad existe, no es absurdo sostener que el 80% de las situaciones que se presentan en la cotidianidad del ciudadano tiene una reglamentación propia y que escapan de ello temas muy puntuales, no obstante es más cierto que falta publicidad a la norma. Una publicidad dada de manera didáctica, eficaz, efectiva, capaz de permitirle al ciudadano común (aquel que desconoce el sentido de las normas, porque no ha estudiado

cómo hacerlo) entender lo que el legislador busca con cada una de las reglas que genera. Debe existir un equilibrio, una coherencia entre el espíritu y sentido que inspiró al legislador y la interpretación que cada ciudadano da a la misma. Esto se logra a través de campañas televisivas cuya pauta sea de mayor duración a las actuales, cuya forma de llamar la atención y captar el interés de quienes la ven sea cada vez sencilla, en el entendido que todos los ciudadanos no manejan un lenguaje jurídico.

Conforme a lo expuesto es pertinente allegar recomendaciones tendientes a la implementación de los métodos de difusión utilizados hasta el momento para la puesta en marcha de las campañas de sensibilización. En la medida en cada interviniente de las relaciones de mercado conozca sus derechos, pero así mismo sus obligaciones, será veedor de sus actos, generando así una descongestión de los órganos de control, toda vez que serán mucho más cautos al momento de iniciar una relación económica, de ejercer una actividad comercial desde cualquiera de las partes a la que corresponda, “comerciante, consumidor o usuario”.

Es necesaria la implementación de políticas que permitan a las instituciones eficacia al ejercer sus controles, menos trámites, mayor efectividad, mayor protección al consumidor. No basta con la publicación de leyes aparentemente cargadas de vigor y severidad, cuando en realidad el mayor porcentaje de los beneficiados si éstas se aplicaran como es debido las desconoce. Es de observar que hasta el momento las sugerencias planteadas, se encaminan principalmente sensibilización de todos frente a las normas que protegen las relaciones comerciales, relaciones que día a día aunque no se note o quede plasmado en un contrato escrito, se efectúan, desde el momento en que cada ciudadano se despierta e inicia su actividad diaria, cuando va al trabajo y se

desplaza en un medio de transporte público, cuando va al supermercado y de un momento a otro observa que los precios de los productos que acostumbra llevar en su mercado han subido y no encuentra una razón que lo justifique, pues solo tiene la opción de llevarlo o no, pero desconoce la política de precios que le permite al expendedor, productor o distribuidor del bien o servicio estipular un precio aparentemente justo, que asimismo le permita elegir o mejor, decidir lo correcto y menos lesivo a sus derechos.

La educación en estos temas va de la mano con el grado cultural de la comunidad y aunque todos los habitantes de un país deben medirse con el mismo rasero no puede sensibilizarse a todos de la misma manera. Las leyes son erga omnes es cierto, pero no por ello las instituciones que constituyen las entidades territoriales pueden propagarlas al mismo estilo, en todos los casos, es decir, debe existir una política de Estado que permita a los organismos gubernamentales la expedición de programas que lleguen al núcleo de la sociedad (Familia), con el fin de educar desde los más jóvenes, para que la credibilidad en las instituciones y en las normas sea mayor, el fomento desde niños de una igualdad de derechos reconocidos legalmente en toda relación comercial es fundamental, se requieren más programas como el famoso Boletín del Consumidor “tal cual”, más dinamismo, mayor vinculación y obligatoriedad por parte de los canales privados para que aporten a los ciudadanos propagandas que permitan entender en qué consisten las normas sobre competencia, en el entendido que el ser humano entiende mucho mejor las cosas cuando las observa por televisión o las escucha por los medios de comunicación que cuando las lee.

Es importante que en las facultades de derecho de las universidades se sigan fomentando los semilleros de investigación, pero no solo con el fin de elaborar proyectos investigativos, sino que también se propenda por hacer campañas que le permitan tanto a la comunidad educativa como a quienes no pertenecen a ella, conocer el contenido de las investigaciones, aplicarlas, poniendo en práctica no solo el deber ser, sino también concatenándolo con la realidad cotidiana. Se debe hacer el ejercicio con talleres informativos, separatas en fin actividad que permitan llegar al mismo propósito, tendientes a enseñar al ciudadano común las bondades y beneficios que se ofrecen de manera interactiva a través de la página de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde pueden hallar información sobre el derecho de la competencia, tema vital para quienes quieren iniciar una actividad económica, libre de abusos, leal, sin atropellos pero sobre todo sin que esto genere perjuicios para dicha persona.

De igual manera debe existir una vigilancia meticulosa sin que esto signifique persecución para aquellas empresas que ostentan una posición privilegiada en el mercado, no porque ello signifique que hacen un mal uso de esta ocupación de mercado, pero si para brindar una mayor seguridad jurídica a los pequeños y medianos empresarios que se encuentran del mismo lado de la balanza y ante todo mayor confianza a los consumidores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARONA VILAR, Silvia. Competencia desleal. Valencia: Le Banch. 1991.

CONCHA DEL GADO, Santiago. El abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994.

CEDEC, El abuso de la posición dominante. Perspectivas de su aplicación en Colombia.

COLOMBIA. LEY 142 DE 1994.

COLOMBIA, EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 256 DE 1996: “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, Bogotá diario oficial N° 45658 42692 de Enero 18 de 1996.

COLOMBIA, EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 155 DE 1959: “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” Bogotá diario oficial N° 30138 de enero 22 de 1960, art. 7, 8, 9, 10 y 11.

COLOMBIA, EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 1340 DE 2009: “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

COLOMBIA, EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY 1480 DE 2011: “Por medio de la cual se expide el Estatuto al Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.

COLOMBIA, MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO, Decreto 2153 de 1992: “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992 Art. 45 y ss.

COLOMBIA, MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO DECRETO 2153 de 1992, artículo 47 apartado 10 en combinación con el artículo 16 de la ley 590/00 sobre promoción de PYME.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL M.P. Eduardo Montealegre Lynett, sentencia T-423/03 de 23 de Mayo de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997.

Disponible en Internet. En: <http://www.dinero.com/agenda-publica/edicion-impresas/recuadro/estos-casos-competencia-desleal-han-fallado-corrido-del-ano/10024> Consultado en Abril 26 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002

COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio Colombiano). Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, art. 75, 76, 77 (actualmente derogados la ley 256 de 1996).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, art. 333.

GIRALDO LOPEZ A., CAYCEDO Espinel C., MADRIÑÁN Rivera R., (2012), Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), Editorial Legis, Primera Edición, p. 5 a 27, 103 a 116, 167 a 169.

JAECKEL K., Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. En: Ciencias Jurídicas de la Competencia –CEDEC-

LARES COLMENARES Mary Elena, (Noviembre de 2004), Revista Contexto: Revista de Derecho y Economía, La competencia desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio y otras autoridades administrativas p. 70 a 87. Edición No.19. Universidad Externado de Colombia.

PEJOVES MACEDO, José A. (2003) La modernización del Derecho de Competencia en la CAN.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. 1984.

SPENCER, Milton. Economía contemporánea. 2 ed. Barcelona: Reverté. 1983.

URIBE PIEDRAHITA CARLOS ANDRÉS, (2009- 2010), Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia (Perspectivas y Retos) Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibañez (Colección de Monografías No.4).