

COMPETENCIA DESLEAL

EN COLUMNAS

*Guía para
empresarios y
para curiosos*

Compilado por:

ESTRELLA &
SANDOVAL
Abogados

www.estrellaysandoval.com

Derecho
Debates &
Personas

www.revistaderecho.com.co

PRESENTACIÓN

Cuando mi socio José Sandoval me habló en el año 2021 acerca de su intención de incursionar en la escritura de columnas de opinión, me pareció que era buena idea referirse a estos temas, sobre todo si su intención era hacerlo de manera breve y con redacción sencilla, pero sin perder sentido crítico. Especialmente, pensé que sería una buena forma de acercar este importante tema a los empresarios quienes, en gran medida, son los dolientes de las conductas de competencia desleal. Y además, sería una buena forma de acercar a los abogados que no se dedican a esta área del derecho y a los consumidores, dolientes también de las conductas desleales en el mercado.

Tras cuatro años de este ejercicio, trabajando junto a la Revista Derecho Debates y Personas y su director Alexis Isaza Vélez, hoy es posible ver un resultado importante, pues en estas columnas se ha hablado de la mayoría de los artículos de la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996), lo que permitió materializar la idea de compilarlas, organizarlas temáticamente, y difundirlas en este texto unificado que hoy tienen en sus manos.

“Competencia desleal en columnas. Guía para empresarios y para curiosos”, no es un texto académico, no es esa su pretensión. Esta es una guía que, creemos, puede servir a los lectores para tener un panorama acerca del régimen de competencia desleal y su aplicación en Colombia. Esperamos que disfruten de su lectura y, sobre todo, que les resulte útil.



.....

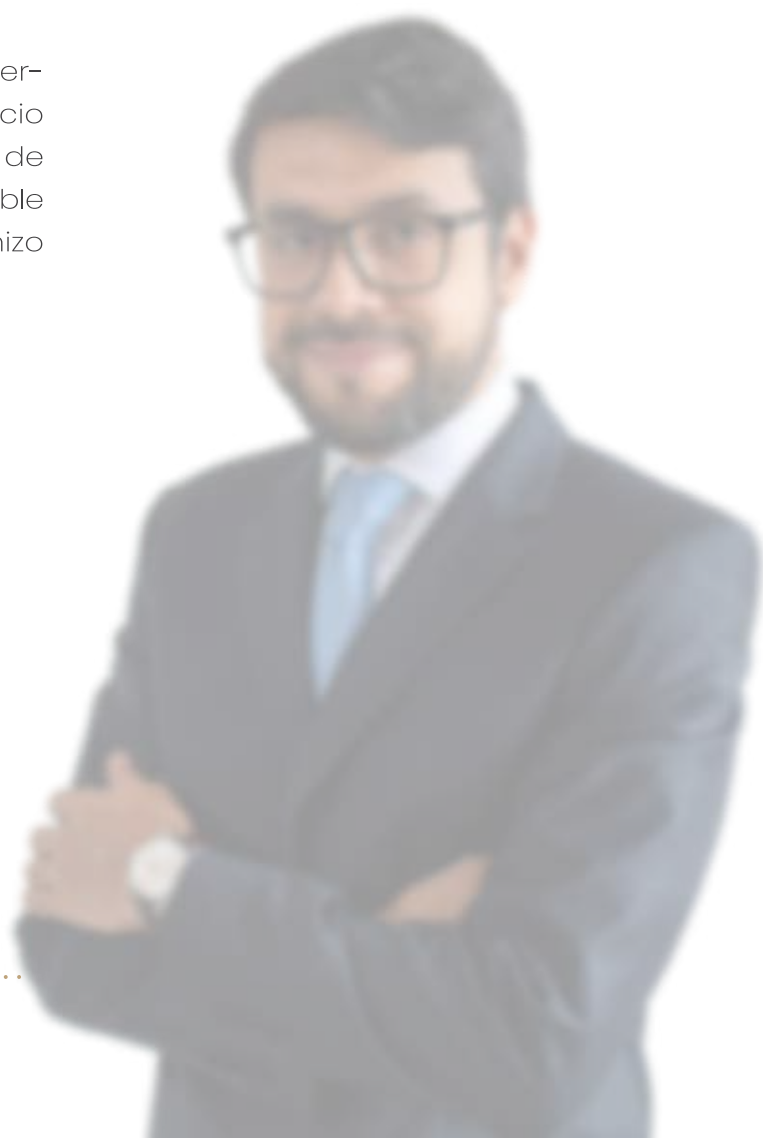
EL COLUMNISTA

El autor de las columnas que el lector va a encontrar en este texto es José Fernando Sandoval Gutiérrez, quien actualmente es socio de la firma Estrella & Sandoval Abogados.

José es abogado y especialista en derecho procesal de la Universidad Santo Tomás, especialista en responsabilidad y daño resarcible de la Universidad Externado de Colombia donde también realizó el curso de perfeccionamiento en derecho de la competencia. Es especialista en derecho comercial y magíster en derecho de la Universidad de los Andes. Igualmente, es magíster en derecho de daños de la Universidad de Girona (España).

Durante doce años trabajó en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en donde comenzó como abogado del Grupo de Competencia Desleal, luego fue Coordinador del Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial y finalizó su recorrido como asesor de la entidad asignado a dicha Delegatura en la que se adelantan los procesos de competencia desleal, propiedad industrial y protección al consumidor.

Durante toda su carrera en la Superintendencia de Industria y Comercio trabajó en el trámite y resolución de procesos judiciales, siendo destacable que la mayoría del tiempo lo hizo ejerciendo funciones de juez.



.....

LA FIRMA

Estrella & Sandoval Abogados es una firma especializada en derecho de los mercados. Fue fundada por Carolina Estrella y José Fernando Sandoval quienes, tras un relevante paso por el sector público, decidieron abrir una firma que estuviera enfocada de manera exclusiva a atender aquellos asuntos en los que habían acumulado una importante experiencia, pues solamente de esa manera podrían garantizar un sólido acompañamiento.

Teniendo en cuenta ese enfoque, actualmente **Estrella & Sandoval Abogados** asesora y representa a empresarios y consumidores en asuntos de competencia desleal, propiedad industrial y derecho del consumo.

En **Estrella & Sandoval Abogados** se valora cada persona y situación. Además, cada caso es tratado con especial atención, a fin de brindar la mejor experiencia junto a la construcción de una relación de confianza y cercanía.



LA REVISTA

Revista Derecho, Debates & Personas es una publicación orientada a la comunidad jurídica y empresarial de Colombia y América Latina, con más de 27 ediciones publicadas. Tiene como objeto fomentar el debate académico sobre temas jurídicos de carácter sustancial, procedimental, argumentativo y filosófico con relevancia tanto en el ámbito nacional como internacional.

La revista propone un medio abierto a ideas y conceptos que enriquezcan el debate jurídico, un espacio que fomente la investigación y la sana crítica. Sus valores fundamentales son la libertad de expresión, pensamiento y opinión, cuidando el inalienable derecho a réplica.



ÍNDICE

A continuación, el lector podrá encontrar la enunciación de los dieciséis temas que se abordan en las columnas e inmediatamente después la columna que trata el respectivo tema:

1. Objeto de la ley de competencia desleal:

- Hablemos de un buen regreso: el de la competencia desleal a la pluma de la Corte Suprema. 7
- Triada. Aquello que sobre el régimen de competencia desleal no podemos ignorar. 10

2. Ámbitos de aplicación de la ley de competencia desleal:

- Consumidores y el sagrado derecho al desahogo. 13

3. Prohibición general de competencia desleal:

- La incomprensida. 16

4. Acto desleal de desviación de la clientela:

- ¿Echar de menos? Sobre la desviación desleal de la clientela. 19
- El administrador desleal. 21

5. Acto desleal de confusión:

- El administrador desleal. 21
- El camino largo de la confusión desleal. 23

6. Acto desleal de engaño:

- El administrador desleal. 21
- Lo ajeno y lo propio. Sobre el acto de competencia desleal de engaño. 25

7. Acto desleal de descrédito:

- El administrador desleal. 21
- Amor propio. Descrédito en el régimen de competencia desleal. 27
- Colegas. 29

8. Acto desleal de comparación:

- Odiosas. La comparación como acto de competencia desleal. 31

9. Acto desleal de imitación:

- Buenos imitadores. La imitación como acto de competencia desleal. 33

10. Acto desleal de explotación de la reputación ajena:

- El administrador desleal. 21
- Lidiar con el ex. Sobre la explotación de la reputación ajena. 36

11. Acto desleal de violación de normas:

- El administrador desleal. 21
- Aunque no sea secreto. La lista de clientes y su uso desleal. 39

12. Acto desleal de violación de normas:

- No es la norma, es la ventaja. Violación de normas como acto de competencia desleal. 42

13. Legitimación pasiva en procesos de competencia desleal:

- Competencia desleal en todas partes. Sobre la legitimación por pasiva en procesos de competencia desleal. 44

14. Prescripción:

- Novedosa la moda de andar a pie. 46

15. Medidas cautelares:

- El juez sordo. 50
- El juez que escucha: ¿El juez qué escucha? 53
- Sin lugar para los pies. 56

16. Pruebas extraprocesales:

- La interminable necesidad de aclararlo todo. 59
- No es mala idea. Pruebas extraprocesales en procesos de competencia desleal y de propiedad industrial. 62

1. Objeto de la ley de competencia desleal:

HABLEMOS DE UN BUEN REGRESO: EL DE LA COMPETENCIA DESLEAL A LA PLUMA DE LA CORTE SUPREMA¹

(Columna de 23 de octubre de 2021)

Hace ya algún tiempo que no podíamos deleitarnos con pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, sobre asuntos de competencia desleal. Por fortuna, de manera reciente hemos podido ver nuevas e interesantes decisiones que, gracias a su contenido teórico, invitan al estudio de esta área del derecho sobre la que la doctrina nacional es escasa. Una de ellas es la sentencia proferida el pasado 8 de septiembre y sobre la cual he decidido escribir estas breves líneas para destacar algunas temáticas que me han resultado interesantes.

Eso sí, quiero advertir, que no pretendo abordar el tema de manera completa, pues lo cierto es que hay tanto contenido en esta providencia que cualquier cosa que se diga en la presente columna no será nada distinto a un breve comentario proveniente de un apasionado más por el estudio del régimen de competencia desleal, como seguramente muchos de ustedes, apreciados lectores, también lo son.

Iniciemos estos comentarios con un tema en el que la Corte, me perdonan el coloquialismo, le “apuntó” a la esencia. Tiene que ver con el hecho de que haya tenido como punto de partida de sus explicaciones hablar de competencia antes de hablar de competencia desleal. Veamos algunas afirmaciones de la sentencia que estimo relevantes: “La competencia, (...) es una condición necesaria para que la economía de libre mercado opere de forma eficiente, **en beneficio de toda la sociedad**” (destaco). Más adelante agregó la Corporación que el esfuerzo continuado de quien quiere ser competitivo en una economía libre “(...) **redunda en el bienestar común**. De un lado, fomenta la reducción de los precios y, por lo mismo, hace acrecer la capacidad de consumo de las personas; y de otro, constituye el motor principal para la innovación empresarial, la búsqueda de métodos de producción mas limpios, sostenibles y eficientes, y **el desarrollo económico en general**” (destaco). Con este preámbulo, más adelante pasó la Corte a afirmar que, siendo la competencia un valor trascendente para nuestra sociedad, es comprensible la preocupación del ordenamiento jurídico en protegerla, siendo una forma de salvaguarda “la consagración de acciones que previenen y reparan los actos competitivos desleales”. Quedando claro de esta forma que el régimen de competencia desleal es uno de los mecanismos consagrados por el legislador para proteger la competencia en una economía de libre mercado, la cual, como se observa en los apartes destacados, funciona en beneficio de toda la sociedad.

.....
¹ Sentencia SC 3907-2021 Corte suprema de justicia.

La razón por la que considero de gran relevancia ese punto de partida es porque, en mi opinión, la estructura argumentativa de la sentencia permite dar el lugar que le corresponde al denominado modelo social de competencia desleal adoptado desde la Ley 256 de 1996 (LCD). Bajo dicho modelo no es posible hablar de competencia desleal, ni siquiera en escenarios judiciales interpartes como el estudiado por la Corte, asumiendo que los únicos intereses que se protegen son los de los empresarios vinculados al proceso. La comprensión del régimen sobre la leal competencia, así como el análisis de los casos, siempre debe incluir, además del interés de los empresarios, el interés de los consumidores e incluso el interés público del estado en la conservación de un sistema económico de competencia no falseado, como lo dejó claro el legislador desde la exposición de motivos de la LCD, a menudo ignorada, pero al mismo tiempo tan llena de valioso y aclarador contenido. Centrar el estudio de este tipo de casos y la comprensión misma del régimen en el interés del empresario, no significa nada distinto a vivir en el abandonado modelo corporativo del Código de Comercio, lo que podría redundar en un inadecuado entendimiento de figuras como la prescripción regulada en el artículo 23 LCD, o incluso de la cláusula general contenida en el artículo 7 LCD. Pero de esos temas me ocuparé en otro momento.

El siguiente tema al que quiero referirme tiene que ver con la cláusula general establecida en el artículo 7 LCD. Sobre ella, es muy valiosa la precisión de la Corte a propósito de un aspecto que algunos sectores en Colombia se han tardado en reconocer y es el carácter residual de dicha cláusula. En la sentencia se afirma con claridad que la ley de competencia desleal tipifica algunas conductas, pero además “se sirve de una fórmula más amplia, o abstracta, que dota al juez de herramientas interpretativas en caso de enfrentarse a un acto desleal que no hubiera sido previsto por el legislador”. Y es que no podía ser de otra forma, puesto que carece de sentido, incluso práctico, analizar dentro de un proceso judicial una conducta desleal específicamente tipificada por el legislador, como por ejemplo el engaño o la confusión, encontrar que se configura, y a continuación en el mismo análisis afirmar que al tipificarse esa conducta también se viola la cláusula general, cuando ya el comportamiento ha sido reprochado por la vía de la tipificación expresa del comportamiento. En cambio, tiene sentido que cuando el juez se encuentre frente a comportamientos concurrenciales contrarios a la buena fe que no estén tipificados porque el legislador no pudo preverlos en su momento, puedan corregirse mediante el reproche que se les haga por ser contrarios al régimen de competencia desleal acudiendo para ello a la cláusula general, lo que evita que queden en la impunidad las diferentes modalidades de deslealtad que con el tiempo comienzan a aparecer, o que se tenga que modificar la ley cada vez que aparece una nueva forma de faltar a la lealtad en la competencia.

Como punto final, hay que destacar cómo la Corte deslindó dos tipos de análisis distintos que pueden recaer sobre la misma situación, pues diferenció el análisis que de un caso se debe hacer desde la óptica del derecho contractual, de aquel que podría realizarse desde el régimen de competencia desleal.

La línea divisoria entre la responsabilidad y la reparación que se deriva del incumplimiento de un contrato y la que se deriva de la violación del régimen de competencia desleal, no es un asunto menor. Por el contrario, tal diferenciación es fundamental para que este último régimen se ocupe de juzgar únicamente aquellos comportamientos realizados en el mercado y con fines concurrenciales, y no los incumplimientos de las cláusulas de un contrato. Ahora, esto no significa que una misma situación de hecho no pueda analizarse y juzgarse tanto desde el punto de vista contractual como desde el punto de vista de los ilícitos concurrenciales. Eso puede ocurrir. Pero la clave está en saber diferenciar los elementos que se analizan para establecer la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, de aquellos que se analizan para establecer la infracción al régimen de competencia desleal. Incluso los perjuicios indemnizables también se deben diferenciar, pues no son los mismos.

Para dejar esto claro, nótese cómo en el caso analizado la Corte explicó que si un demandante opta por la vía contractual tiene que probar: 1. la existencia del pacto, 2. su incumplimiento y 3. el nexo de causalidad entre la infracción y el perjuicio. En tal caso las reglas del derecho de contratos serán las aplicables para efectos de la reparación. Por su parte, si la vía a la que se acude es a la de la acción de competencia desleal dice la Corte que “el fundamento del petitum recaerá en el deber general de no dañar a otros” y lo que debe demostrarse son: 1. los hechos relevantes para adecuar el comportamiento del demandado a alguno de los comportamientos tipificados en la LCD y, 2. el nexo de causalidad entre dicho comportamiento y la pérdida del demandante.

En definitiva, es un buen regreso el de la competencia desleal a la pluma de la Corte Suprema de Justicia, no solo en la decisión a la que aquí me he referido sino en otras que durante este año también se han proferido. Con pronunciamientos como este seguramente se lograrán avances en una materia que, a todos, no solamente a abogados, nos debería interesar, pues a todos nos afecta.

1. Objeto de la ley de competencia desleal:

TRIADA. AQUELLO QUE SOBRE EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA DESLEAL NO PODEMOS IGNORAR

(Columna de 23 de enero de 2022)

En la primera columna que escribí para la revista les mencioné que la Corte Suprema le había apuntado a la esencia. Esta vez lo haré yo. Y lo haré para hablar de lo que suelo llamar: la triada de intereses en el régimen de competencia desleal. Tengan en cuenta, apreciados lectores, que a la hora de hablar de competencia desleal siempre se debe tener en cuenta esta triada. Si se ignora, se puede caer en errores a la hora de comprender otras figuras que hacen parte del régimen de competencia desleal.

Es común encontrar que en los litigios por la comisión de actos de competencia desleal se enfrentan dos empresarios. Este hecho, sin embargo, no debe llevar a pensar que el régimen de competencia desleal sólo tiene ojos para los empresarios, o que sus intereses son los únicos que se protegen. No es así. Aquí hay mucho más en juego. Y el hecho de que el pleito se tramite inter partes no significa que es su interés el único que se debe mirar. Insisto, aquí hay mucho más en juego y todo ello es parte de la triada de intereses.

La triada de intereses la encontramos en el art. 1 de la Ley 256 de 1996². Si revisamos con detenimiento esta norma, vamos a encontrar que el objeto del régimen de competencia desleal es garantizar que la competencia económica sea leal y también que sea libre. Esto implica que para la adecuada comprensión del régimen debemos tener en cuenta todo aquello que haga parte del concepto de libre competencia económica y los deberes de conducta exigibles a quienes participan en el mercado, los cuales deben estar siempre ajustados a la buena fe. Esta parte de la norma es la que nos muestra el primero de los intereses que componen la triada: el interés en que el sistema económico se mantenga con un ejercicio competitivo sin desfiguraciones. Y unido a ello, si continuamos con la revisión de la norma, encontraremos el segundo y tercer interés cuando esta menciona que la libre y leal competencia se garantizan en beneficio de todos los participantes del mercado. Como seguro todos lo saben, los participantes del mercado no solamente son empresarios, también lo somos el resto de seres humanos que, casi sin excepción, somos consumidores, luego la triada también está compuestas de intereses particulares y colectivos.

² Art.1.Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participan en el mercado (...).

Este triple interés es propio de lo que se conoce como el “modelo social” que fue adoptado por el legislador a partir de la expedición de la Ley 256 de 1996 cuando abandonó el “modelo profesional” que teníamos en el Código de Comercio. En aquel momento quedó consignado en la exposición de motivos que el proyecto de ley buscaba dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una legislación avanzada y que ese objetivo pretendía ser alcanzado con la introducción de cambios en el concepto tradicional del derecho de la competencia desleal. Entre ellos: se buscó dejar de concebirlo como un régimen primariamente orientado a resolver los conflictos entre competidores, para pasar a hacerse portador no solo de los intereses privados, sino también de los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado en la preservación de un sistema económico de competencia no falseado. He ahí: la triada.

De hecho, en buena hora nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido refiriéndose en sus sentencias al modelo social propio del régimen de competencia desleal. En reciente providencia afirmó:

De allí que el inicial “modelo profesional” o de corte individualista, erigido en criterios de enjuiciamiento sopesados en la incorrección profesional y en razonamientos morales, experimentó gran cambio al establecer deberes objetivos de abstención o reglas objetivas de conducta, con el advenimiento del “modelo social”, que tiene como sus dos pilares fundamentales la política de defensa de la competencia (por el Estado, ya que antes se designaba al mercado mismo) y la política de tutela del consumidor (que se le había otorgado en su totalidad al mercado).

Ciertamente, el marco legal de competencia desleal no sólo vela por los intereses entre los empresarios, también incluye a los consumidores como sujetos de protección y garantía cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas³.

He ahí, nuevamente: La triada.

No debe caerse en el error de pensar que tener en consideración el interés público del Estado o el interés colectivo de los consumidores es algo que está excluido de los procesos judiciales de competencia desleal que se tramitan inter partes. Tal cosa, desde mi punto de vista, carece de fundamento. Lo digo con vehemencia: carece de fundamento. Si se revisa con detenimiento el artículo 1, al que antes me referí, puede observarse que contiene la triada de intereses sin que en ninguna parte se diga que si el trámite es el de un proceso judicial entre particulares son esos intereses particulares los únicos que se deben proteger e ignorarse los otros dos

³ Sentencia SC 5473-2021 Corte Suprema de Justicia.

intereses que componen la triada. Es claro, la norma no hace tal distinción. Incluso, si revisamos un poco de historia de la Ley 256 vamos a encontrar unas disposiciones procesales, ya derogadas, como el artículo 24, en el que se establecía que la competencia para conocer los procesos por violación a las normas de competencia desleal era de los jueces especializados en derecho comercial y, ante su ausencia, de los jueces civiles del circuito. Por lo que no hay razón para limitar el contenido y alcance del artículo 1 a la hora de aplicarlo en un proceso judicial que se tramita inter partes, cuando es claro que desde su origen este régimen estuvo ligado a procesos de esa naturaleza en los que, en consecuencia, debe observarse íntegramente la triada.

No quiero terminar sin decirles por qué este tema es importante. La triada de intereses impacta en la comprensión de muchos temas dentro de ese gran mundo de la competencia desleal: es necesaria para la comprensión de los actos de competencia desleal, lo es también para determinar el contenido de la buena fe objetiva propia de este régimen y que es distinta a la buena fe de la que se habla en otras áreas del derecho, también lo es para comprender correctamente la figura de la prescripción, o incluso para comprender la existencia de las legitimaciones especiales que aparecen en el artículo 21 de la Ley 256. En fin, no podemos ignorar la triada de intereses pues, si lo hacemos, vamos a ignorar el verdadero contenido del régimen colombiano de competencia desleal.

2. Ámbitos de aplicación de la ley de competencia desleal:

CONSUMIDORES Y EL SAGRADO DERECHO AL DESAHOGO

(Columna de 18 de noviembre de 2021)

¿Cuántos de ustedes, tras una mala experiencia en un restaurante o con alguna tienda de ropa que no atiende a sus reclamos por la mala calidad de un producto, han encontrado como mecanismo de desahogo publicar comentarios negativos en sus redes sociales acompañados de la invitación a sus contactos o seguidores para que no compren más en esos lugares?: Posiblemente la mayoría de los lectores de esta columna lo han hecho. Incluso yo. Y no pocas veces.

Lo que posiblemente no han hecho es preguntarse si una publicación de ese tipo podría llegar a ser juzgada bajo el régimen de competencia desleal. Y aunque la respuesta que usualmente escucho en clase frente a este planteamiento es que tal cosa no podría ser medida con ese rasero, deben saber ustedes que hay quienes sostienen que sí podría ser sometida a análisis. Hoy, he decidido sentarme a escribir este texto para contarles por qué considero que no.

Pero antes de empezar, si usted es de aquellos lectores que no han recibido formación jurídica, no se sorprenda por el hecho de que unos digan que algo es jurídicamente posible y otros digamos que no. En el mundo del derecho la solución a un problema puede depender, en algunas ocasiones, del entendimiento que se tenga de la norma aplicable al caso. Pero, siendo sincero con los lectores no abogados de estas columnas, hay interpretaciones que al final, aunque resuelvan el caso, terminan siendo perjudiciales. Es algo con lo que a diario debemos lidiar.

En esta ocasión el punto de partida del problema es el artículo 2 de la ley de competencia desleal⁴ (LCD). De acuerdo con esa norma: “Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, 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 norma contiene lo que se conoce como “ámbito objetivo” de aplicación de la LCD, que básicamente sirve como filtro para determinar a qué tipo de comportamientos es aplicable el régimen sobre la deslealtad en la competencia. Según ese filtro, para que un comportamiento sea de interés para la LCD son dos los requisitos que

⁴Ley 256 de 1996

se deben reunir: 1. que el comportamiento se realice en el escenario del mercado y, 2. que ese comportamiento tenga finalidad concurrencial. El segundo es el que hoy nos interesa.

Como pudieron ver en la transcripción del párrafo anterior, la norma exige fines concurrenciales sin explicar en qué consiste tal cosa. Ahí comienza el problema⁵.

Hay una primera postura bajo la que algunos han sostenido que la finalidad concurrencial es la idoneidad o la capacidad que tiene un comportamiento para mantener o incrementar la participación en el mercado propia o de un tercero. A esa conclusión llegan a partir del inciso de la norma en el que dice que “la finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, 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”. Para quienes defienden esta tesis, cualquier intención en la ejecución del comportamiento es irrelevante, pues mientras este sea objetivamente apto para mantener o incrementar la participación en el mercado, puede ser juzgado bajo la LCD.

Bajo una segunda postura algunos sostienen que la finalidad concurrencial es la intención de mantener o incrementar la participación en el mercado propia o la de un tercero. No se trata de la idoneidad de la conducta para lograr ese efecto, sino la intención de hacerlo. Es decir que se trata de un elemento subjetivo bajo el cual se tiene en cuenta si quien ejecutó el comportamiento que se dice desleal lo hizo con la intención de mejorar la propia posición en el mercado o incluso la de un tercero, o si por el contrario el comportamiento por el que se le pretende juzgar se llevó a cabo con una intención diferente, como cuando se hace con fines altruistas, fines de activismo, entre otras. Si la intención era distinta a la búsqueda de una mejor posición en el mercado, como es claro que ocurre en los ejemplos mencionados, este comportamiento no debe ser juzgado bajo la LCD.

Aplicadas estas posturas a aquel momento de desahogo en redes sociales debido a la mala experiencia vivida en el restaurante o en la tienda de ropa, veamos cómo asumir una u otra traería consecuencias bien distintas.

Si aplicáramos la primera postura, diríamos que el hecho de difundir una invitación en redes sociales, entre contactos o seguidores, a no comprar más en un restaurante o en una tienda de ropa específicos, es una conducta objetivamente apta o idónea para incrementar la participación en el mercado de otros restaurantes o tiendas que vendan esa misma

.....
⁵ Para profundizar en el estudio de la denominada finalidad concurrencial los invito a leer el artículo “El proceso por actos de competencia desleal: una materia en construcción” que aparece en el libro “Derecho Procesal. Nuevas Tendencias” publicado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal con ocasión del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, versión 2020.

clase de comida o de ropa, pues tiene la capacidad de lograr que algún consumidor que lea la publicación decida no acudir más a donde aquellos empresarios y optar entonces por prestaciones distintas y así evitar amargas experiencias. Esto a lo que llevaría es a que un momento de desahogo, desatado por la frustración que genera un mal servicio o la mala calidad de un producto que a lo mejor anhelábamos hace tiempo, termine en un proceso por actos de competencia desleal promovido por parte del empresario potencialmente afectado por la pérdida de algún cliente y en contra de un consumidor inconforme.

Me perdonan ustedes, apreciados lectores, si esto a lo mejor les está generando algo de preocupación al estar recordando las ocasiones en que han hecho ese tipo de publicaciones. Comparto su preocupación. A mí me desconcierta esa postura pues, como lo pueden ver, en la práctica, puede llevar a que se estudien casos que no tiene sentido someter al régimen de competencia desleal: ¿para qué llevar a instancias judiciales a un consumidor insatisfecho que encontró desahogo en sus redes sociales, a fin de debatir sobre la adecuada forma de comportarse en el escenario del mercado?

En cambio, bajo la segunda postura, podríamos sostener que la intención del consumidor insatisfecho nada tuvo que ver con una búsqueda de incrementar su participación en el mercado ni la de un tercero, ya que es claro que su intención fue sencillamente la de exteriorizar una mala experiencia, la de desahogar ese sentimiento de frustración que siempre nos inunda cuando nuestras reclamaciones frente a un mal servicio o frente a productos de mala calidad son ignoradas. Desde esa óptica, por no existir finalidad concurrencial en este comportamiento ejecutado por el consumidor, no podría ser juzgado bajo el régimen de competencia desleal y en consecuencia no debería ser llevado a un juicio de este tipo.

Al menos para mí, es la segunda postura la que le da verdadero sentido al régimen de competencia desleal, mientras que la primera implicaría, como lo vimos, que exista la posibilidad de someter al juicio sobre la deslealtad en el mercado: el sagrado derecho al desahogo.

3. Prohibición General De Competencia Desleal:

LA INCOMPRENDIDA

(Columna de 20 de marzo de 2022)

Hace un par de columnas les hablé sobre la triada de intereses. En esa ocasión les mencioné también que la triada impactaba en la comprensión de muchos temas dentro del gran mundo de la competencia desleal. Eso, que quedó escrito como un comentario sobre el que no profundicé, en mi interior fue una promesa de desarrollar varios de los temas. Y como ocurre con todas las promesas, la habré de cumplir. Eso sí, de a poco, para que disfrutemos más la conversación.

Cualquier persona que participe en el mercado debería preguntarse cuáles son los límites que debe respetar para evitar que sus actuaciones se conviertan en actos de competencia desleal. Asumo yo que es una pregunta frecuente. De ser así, creo que también la respuesta que de manera frecuente reciben, partiendo quizás de lo que se conoce como la "cláusula general", es que los comportamientos que se ejecuten en el mercado deben adecuarse a la buena fe comercial. Incluso, si buscan la respuesta en decisiones judiciales o en la doctrina, posiblemente van a encontrar que los participantes del mercado deben actuar conforme a los mandatos de honestidad, honorabilidad y buena fe. El problema es que, al menos como yo lo veo, eso dice mucho pero no explica nada.

La denominada "cláusula general" que aparece en el artículo 7 de la ley de competencia desleal⁶ (Ley 256 de 1996) ha sido de cierta manera una cláusula incomprensible. Con ello me refiero a que su verdadero contenido no siempre se ha explicado con suficiencia en el escenario colombiano, y a que su uso indiscriminado, muestra clara de incomprensión, ha opacado su verdadera utilidad y con ello el objetivo para el que fue diseñada. De eso trata esta columna.

Para desentrañar el contenido de la cláusula, pero especialmente lo que significa actuar conforme a la buena fe comercial, sería impreciso de mi parte asegurar que no es cierto que eso signifique que los participantes en el mercado deben actuar con honestidad. ¡Sí que lo deben hacer! Pero eso

.....

⁶ Artículo 7. Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

no explica satisfactoriamente el concepto de buena fe comercial propio del régimen de competencia desleal. Y no lo explica porque decir que actuar de buena fe es actuar honestamente, se parece más a usar un sinónimo que a dar una verdadera explicación.

La buena fe comercial en esta materia es una buena fe objetiva. Corresponde a un estándar objetivo de conducta exigible a todos los participantes del mercado. Es un parámetro de comportamiento cuyo contenido está dado por uno de los componentes más importantes y apasionantes de nuestro régimen de competencia desleal: la triada de intereses (como les dije, de a poco cumpliré mi promesa). De manera pues que un comportamiento es contrario a la buena fe comercial cuando afecta o al menos amenaza los tres intereses protegidos por el régimen de competencia desleal, cuya rememoración jamás serán líneas perdidas en un texto: 1. El interés público del Estado en la preservación de un sistema económico de competencia no falseado, 2. El interés colectivo de los consumidores y 3. El interés privado de los empresarios.

Miremos ahora por qué esta cláusula lejos de ser simplemente un mandato genérico, es en realidad una herramienta inteligentemente diseñada por legislador. La ley 256 contiene la descripción de una serie de comportamientos que se consideran contrarios a la lealtad en el mercado, por ejemplo: la confusión, el descrédito, la comparación, la explotación de la reputación ajena, entre otros⁷. Sin embargo, el legislador no se limitó a plasmar unos actos desleales específicos, sino que, sabiamente, pensó en la posibilidad de que con el paso del tiempo podrían aparecer nuevas formas de comportarse en el mercado que a lo mejor también deberían ser reprochadas. Por eso, para que ninguna conducta se quedara por fuera de la posibilidad de ser juzgada y para no tener que modificar la ley bajo el pretexto de poder someter a juicio un novedoso pero indeseable comportamiento: diseñó la cláusula general.

El mercado es un escenario que se mueve bastante rápido. Más rápido que las leyes. Constantemente aparecen nuevas formas de hacer negocios, nuevos productos, nuevos servicios, y con ello, desafortunadamente, nuevos espacios para actuar por fuera de lo que se espera de un participante honesto. Pero esos espacios, aunque novedosos, no pueden ser sinónimo de impunidad cuando se tiene la cláusula general, pues esta goza de la capacidad de moverse al ritmo de las dinámicas del mercado, permitiendo que se juzguen comportamientos indeseables aun cuando no hayan sido previstos en su momento por el legislador quien, me perdonan si la expresión es de cajón, no tiene la capacidad de ver el futuro.

.....
⁷Pueden verlos todos en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996.

Siendo esa su gran utilidad, para que no tengamos que llamarla: la incomprensible, hay algunos usos que no se deben dar a la cláusula porque riñen con la finalidad para la que fue creada. En primer lugar, no debe ser utilizada para analizar conductas que hayan sido previstas por el legislador y tipificadas en los artículos 8 a 19 de la ley de competencia desleal. No podría ser de otra manera, pues si la conducta ya cuenta con tipificación, buscar enmarcarla en la cláusula general significa desconocer su finalidad de juzgar aquello no fue previsto. En segundo lugar, no es posible acudir a la cláusula general cuando no se logra demostrar en el proceso la ilicitud de una conducta a la luz de uno de los comportamientos ya tipificados, pues no se trata de una cláusula de descarte, o como jocosamente dicen algunos: por si acaso. Finalmente, no debe ser utilizada para hacer un doble juicio de deslealtad. Por tanto, si encontramos que una conducta configura, por ejemplo, el acto desleal de engaño, no es necesario reforzar el juicio diciendo que además de engaño es una violación al deber general de actuar de buena fe consagrado en la cláusula general, ya que eso riñe con el carácter autónomo que la caracteriza.

Si el legislador fue acertado en algo, y esto no es más que una opinión personal, fue en la creación de una cláusula general dentro de una ley encargada de calificar comportamientos en el cambiante escenario del mercado. Esa misma cláusula que para los lectores de esta columna, hoy, tras unos minutos acompañados de un buen café, ha dejado de ser: la incomprensible.

4. Acto desleal de desviación de la clientela:

¿ECHAR DE MENOS? SOBRE LA DESVIACIÓN DESLEAL DE LA CLIENTELA

(Columna de 13 de enero de 2024)

Cualquier empresario preocupado por su negocio está pendiente de hacer lo necesario para mantener a sus clientes. Por ello se inquieta, en mayor o menor medida según el tipo de negocio, cuando alguno de ellos deja de comprarle. Pero parece haber una preocupación mayor cuando el cliente se ha ido con su principal competidor. Cuando tal cosa ocurre, en ocasiones piensan que son víctimas del acto de competencia desleal conocido como “desviación de la clientela”. Y puede que tengan razón. Sin embargo, podrían también estar equivocados, pues no es la sola desviación de clientes lo que constituye competencia desleal.

El artículo 8 de la Ley 256 de 1996 señala 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”. Esto significa que la conducta se configura cuando los clientes se trasladan de un empresario a otro, pero no como resultado de un comportamiento transparente, sino porque de parte del empresario desleal han existido comportamientos reprochables que han llevado a esos clientes a moverse -o al menos la conducta tiene la capacidad de lograr que se muevan -, como ocurre, por ejemplo, cuando los clientes se van como resultado de una estrategia de desinformación. En esa medida, si un empresario logra captar a los clientes de su competidor gracias a la buena calidad de sus productos o a su buena atención al cliente, nos encontraríamos frente a una desviación de clientela que, sin embargo, no se consideraría desleal, pues no se habría logrado con medios reprochables.

En esos términos es como hace tiempo hemos entendido en Colombia este acto de competencia desleal. De manera que lo que les estoy contando no es algo novedoso. Lo que a lo mejor sí sería novedoso -o al menos es algo poco discutido- es que cuestionáramos la existencia misma del acto desleal de desviación de la clientela. En esta columna quiero plantearles de manera breve por qué considero que, si el artículo que la contempla fuera eliminado de la Ley 256 de 1996, no lo echaríamos de menos.

El hecho de que los clientes se trasladen de un empresario a otro, gracias al uso de medios reprochables, es una situación inherente a casi todos los actos desleales contemplados en la ley, lo que, al menos a mí, me lleva a

preguntarme si se justifica que exista la desviación de la clientela como un acto independiente. Pensemos por ejemplo en el caso de un empresario que comercializa un producto usando un empaque casi idéntico al de su competidor y un nombre muy similar. Esa situación podría llevar a que los consumidores adquirieran un producto pensando que es el otro, lo que en consecuencia configuraría el acto desleal de confusión. Como se ve en este ejemplo, la confusión puede implicar que los clientes se muevan de un empresario a otro como consecuencia de una conducta reprochable puesto que la razón por la que se trasladaron fue el hecho de hacerlos incurrir en un error a la hora de adquirir el producto. De tal suerte que se produjo en este caso, a fin de cuentas, una desviación de la clientela en los términos del artículo 8 de la Ley 256 de 1996. De ahí que comience a cuestionarme sobre la necesaria existencia de este acto.

Tenga en cuenta, además, estimada y estimado lector, que esto no pasa solamente con la confusión, pues el mismo ejercicio podríamos hacerlo con actos como el engaño, la imitación, la comparación, entre otros, y terminaríamos formulándonos el mismo cuestionamiento.

La misma situación se presenta cuando la conducta que se está juzgando no aparece contemplada expresamente en la ley. Recordemos que la ley de competencia desleal, además de tener conductas desleales expresamente consagradas, como la confusión o el engaño, ofrece también la posibilidad de calificar como desleales comportamientos que no estén expresamente tipificados pero que sean realizados en el mercado, con fines concurrenciales, y sean contrarios a la buena fe comercial, o sanas costumbres mercantiles, o los usos honestos en materia industrial y comercial. Tal calificación la podemos hacer acudiendo a la denominada cláusula general contemplada en el artículo 7 de la ley 256 de 1996. Teniendo en cuenta el contenido de esta cláusula, podemos plantear que si un participante del mercado ejecuta un comportamiento contrario a las sanas costumbres mercantiles, que no está descrito expresamente en la ley, y con el cual logra desviar la clientela de sus competidores, eso abriría paso a que se configure la conducta del artículo 7, pero además sería exactamente igual el análisis de la conducta bajo el acto de desviación de la clientela del artículo 8, en tanto se habría ejecutado un comportamiento contrario al estándar de conducta exigido y gracias al cual se desviaron los clientes.

Es por ello que no parece muy útil la existencia de la desviación de la clientela como acto de competencia desleal independiente. Pienso que si se eliminara no haría falta para juzgar ningún comportamiento, pues todos quedarían cobijados con las demás normas ya existentes.

4. Acto desleal de desviación de la clientela:

EL ADMINISTRADOR DESLEAL

(Columna de 17 de febrero de 2024)

Una de las situaciones que suele generar inquietud en el ámbito de la competencia desleal es la del administrador de una sociedad comercial que simultáneamente emprende su propio negocio dentro del mismo mercado en el que participa la sociedad de la que es administrador. Hacer tal cosa ¿constituye competencia desleal?

La respuesta es que ese comportamiento, en principio, no constituye competencia desleal. Y digo en principio solamente para señalar que ello no es per se un comportamiento desleal en tanto no se encuentra tipificado en la Ley 256 de 1996⁸. Sin embargo, es una situación que fácilmente puede desembocar en un reproche de deslealtad por diferentes circunstancias.

En esta columna revisaré solamente algunos posibles eventos, la mayoría de ellos partiendo de un hecho que podría resultar tentador para los administradores de sociedades que emprenden un negocio competidor: el acceso a la información sobre los clientes.

Un primer evento podría presentarse en el caso del administrador que tiene constante contacto con los clientes de la sociedad. Supongamos que el nuevo negocio de este administrador consiste en vender los mismos productos. Para impulsar esa nueva labor de comercialización, cuando los clientes de la sociedad lo contactan al celular o al correo asignados por ella para efectos de hacer los pedidos habituales, el administrador los redirecciona hacia su nuevo negocio. Esto, bajo nuestra ley de competencia desleal, podría configurar una desviación desleal de clientela (artículo 8 Ley 256 de 1996).

Podemos pensar también en un segundo supuesto en el que el administrador de la sociedad comercializa bajo su nuevo negocio el mismo tipo de producto, con un nombre casi idéntico, y con una presentación muy similar. Con ello logra generar entre los clientes, que lo conocen y a los que siempre atiende los pedidos, la idea equivocada de que están comprando el mismo producto y a la misma sociedad a la que le compraban en todas las anteriores ocasiones. Este comportamiento podría configurar el acto de competencia desleal de confusión (artículo 10 Ley 256 de 1996).

⁸Ley colombiana de competencia desleal.

Una tercera situación puede presentarse si el administrador difunde entre los clientes de la sociedad, sin ser cierto, que esta ha limitado los beneficios de servicio post venta que ofrecía. Esto con la idea de captarlos para que compren el producto que está impulsando con su nuevo negocio en el que ofrece varios beneficios post venta, lo que implica que los clientes son inducidos a un error sobre las verdaderas ventajas del servicio de la sociedad, lo que podría configurar el acto de competencia desleal de engaño (artículo 11 Ley 256 de 1996).

El cuarto supuesto podría tener lugar cuando el administrador de la sociedad, en el ejercicio de comercializar los productos de su nuevo negocio, contacta a los mismos clientes de aquella para hacer afirmaciones, por supuesto falsas, sobre una presunta mala calidad de los productos con la idea de desincentivar su compra y promover los productos propios. Un comportamiento como este podría configurar el acto desleal de descrédito (artículo 12 Ley 256 de 1996).

Pensemos en una quinta situación en la que el producto más reputado de la sociedad se identifica con la marca "AT". El administrador de la sociedad promueve, entre los clientes de "AT", el producto de su nuevo negocio diciendo que se trata de una "versión más económica del AT con la misma calidad", con lo que logra captarlos y venderles cientos de unidades. Dicho comportamiento podría constituir el acto desleal de explotación de la reputación ajena (artículo 15 Ley 256 de 1996).

En una última situación el administrador utiliza secretos empresariales, sin autorización, relacionados con el proceso de fabricación de los productos de la sociedad. Lo anterior a fin de producir unos de la misma calidad y venderlos a clientes nuevos por su cuenta, lo que podría configurar el acto desleal de violación de secretos (artículo 16 Ley 256 de 1996).

Como pueden observar, apreciadas y apreciados lectores, son diversas las situaciones de deslealtad que pueden ocurrir cuando el administrador de una sociedad decide simultáneamente emprender su propio negocio competidor. Imagino que hay muchas más en las que ahora mismo ustedes están pensando. Con todo, el solo hecho, sin más ingredientes, de desarrollar el mismo negocio mientras se es administrador, no constituye competencia desleal, pero sin lugar a dudas es una situación llena de riesgos de caer en ella.

5. Acto desleal de confusión:

EL CAMINO LARGO DE LA CONFUSIÓN DESLEAL

(Columna de 22 de marzo de 2025)

Un punto que tienen en común el régimen de infracción de marcas y el régimen de competencia desleal, es que ambos reprochan la causación de confusión, entendida esta como el error acerca del origen empresarial de los productos o los servicios. No quisiera caer en el chiste obvio de decirles que: no hay que confundir estas confusiones, así que me limitaré a decir que hay que diferenciarlas, y es lo que trataré de explicar en esta columna.

Por el lado del régimen de propiedad industrial el literal d del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, le permite al titular de una marca impedir que terceros hagan uso de un signo similar o idéntico a ella cuando ese uso pueda causar riesgo de confusión. Por el lado del régimen de competencia desleal, el artículo 10 de la Ley 256 de 1996 (LCD) dispone que se considera desleal todo comportamiento apto para crear confusión.

Por la forma en que está redactada la norma de competencia desleal, un ejemplo de confusión podría ser aquel en el que un empresario usa un signo similar a la marca de su competidor para vender el mismo tipo de productos y, gracias a eso, logra capturar clientes confundidos. Como pueden notar, este ejemplo muestra un evento exactamente igual al que reprocha el régimen de propiedad industrial. Si eso es así ¿la infracción de una marca por crear confusión lleva necesariamente a la conclusión de que se cometió el acto de competencia desleal de confusión? Ya veremos que no.

Parece obvio que el hecho de usar un signo muy parecido a la marca de un competidor puede generar que los consumidores se confundan. Sin embargo, a la hora de analizar este tipo de casos, desde el punto de vista de la competencia desleal, no podemos olvidar qué es lo que este régimen protege.

Los derechos de propiedad industrial, como lo son las marcas, no son objeto directo de protección del régimen de competencia desleal, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de propiedad industrial. La LCD busca garantizar la libre y leal competencia económica. En esa medida, si el objeto directo de protección no son las marcas, determinar la confusión solamente a partir de su similitud, no parece un análisis acorde con un régimen cuyo objeto de protección es otro.

No estoy diciendo con esto que la similitud de signos en el mercado no sea relevante desde el punto de vista del régimen de competencia desleal. Lo que sí quiero señalar es que el análisis no puede limitarse a la comparación de signos, sino que debemos tener en cuenta otros elementos adicionales que, en conjunto, permitan determinar la existencia de confusión.

Para lograr ese propósito consideremos dos cosas: la primera, que los eventos de competencia desleal necesariamente deben tener lugar en el escenario del mercado, pues así lo establece el artículo 2 LCD. La segunda, que el bien jurídico tutelado por la LCD es la libre competencia económica.

Partiendo de allí, para establecer si en un caso concreto ha existido confusión, deberíamos incluir particularidades del mercado, por ejemplo: el tipo de consumidores al que están dirigidos los productos en disputa, los canales de comercialización utilizados por los competidores enfrentados, la diferencia en el precio de los productos, entre otras que pueden agregarse dependiendo de cada caso particular. Por supuesto, en todo este análisis la similitud de los signos debe ser un elemento a tener en cuenta y algún peso debe tener, sólo que, insisto, no debe ser el único factor para determinar la confusión, pero, eso sí, es uno más.

De manera que, si nos enfrentamos a un caso en el que establecemos que hay infracción de una marca debido a la similitud del signo de un tercero que genera confusión, no podemos concluir de manera automática que también se configuró competencia desleal por confusión. Una cosa no implica necesariamente la otra, pues para determinar la deslealtad del comportamiento debemos recorrer un camino más largo.

6. Acto desleal de engaño:

LO AJENO Y LO PROPIO. SOBRE EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE ENGAÑO

(Columna de 26 de febrero de 2025)

Cuando en 1994 inició en el Congreso de Colombia el trámite que culminó con la aparición de nuestra actual ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996), la primera versión del texto presentado contemplaba el acto desleal de “engaño” en los siguientes términos: “Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza” (se resalta).

Desafortunadamente, dicha versión de la norma no se convirtió en ley y, en cambio, la versión del acto de “engaño” hoy vigente tiene un ingrediente adicional que alguna duda genera sobre la manera en que debería entenderse esta conducta de competencia desleal.

La versión del acto de engaño que finalmente fue aprobada es la siguiente: “(...) 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 resalta). El ingrediente adicional al que me refiero es la palabra “ajenos” que se incluyó en la versión final y que no aparecía en la versión inicial de la norma. Este, que parece un pequeño cambio, es en realidad un problemático cambio, pues parece dejar por fuera una buena cantidad de casos.

Cuando se habla de “engaño” se hace referencia a aquellas situaciones en las que el empresario hace que los consumidores caigan en error y gracias a ello atrae clientela. Pensemos, por ejemplo, en una situación en que “J”, participante del mercado de bebidas gaseosas, afirma ser el único cuyos productos no contienen azúcar. Con esa afirmación induce en error a los consumidores puesto que no es cierto que sea el único ya que un par de participantes más también comercializan bebidas sin azúcar.

Como puede observarse, “J” induce en error a los consumidores acerca de los ingredientes que tienen los productos de los competidores, es decir, los productos ajenos, con lo cual se entendería configurado el engaño.

Hagamos ahora una variación en el caso. Pensemos en que lo que “J” afirmó es que las bebidas que vende no contienen azúcar pese a que ese es uno de sus ingredientes. Notemos que en ese caso induce en error a los

consumidores, pero esta vez no lo hace sobre las bebidas de sus competidores, sino respecto de su propio producto, y así atraerlos a comprarlo.

En este último evento, a pesar de que seguramente ustedes están pensando que es una estrategia engañosa la de pretender atraer clientes con información falsa sobre el producto propio, la ley de competencia parece dejarla por fuera del “engaño”. Esto ocurre precisamente porque el error al que se induce es sobre lo propio y no sobre lo ajeno como lo exige expresamente la norma.

Esa forma de entender la norma no tiene mucho sentido en el contexto del mercado. Cuando de engañar consumidores se trata, los únicos eventos con los que uno se encuentra no son aquellos en los que el engaño tiene que ver con los productos y servicios ajenos. De hecho, me aventuro a afirmar que la mayoría de situaciones de engaño tienen que ver con inducciones en error sobre los productos y servicios propios. De manera que, no contemplar estas situaciones dentro del acto desleal de “engaño”, limita bastante el espectro de aplicación de la norma, pese a que la realidad del mercado reclama su aplicación.

Afortunadamente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha expuesto en sus providencias judiciales varias razones para entender que el “engaño” incluye también el que versa sobre los productos o servicios propios. En todo caso, aunque a esta altura la entidad no lo hubiera reconocido, pienso que la inducción a error a los consumidores sobre lo propio, y no sobre lo ajeno, también podría ser juzgada por competencia desleal, aunque bajo un argumento diferente.

Un comportamiento como ese es reprochable en tanto se puede enmarcar en el artículo 7 de la ley de competencia desleal que corresponde a la denominada “cláusula general”. En efecto, atraer consumidores, basándose para ello en inducirlos en error, es decir, afectando la claridad en su decisión de consumo, es un comportamiento contrario a la buena fe comercial. ¿y por qué tal cosas en contraria a la buena fe comercial? Esto es así, porque con ese comportamiento se afecta el interés de los consumidores a partir de una intromisión injustificada en dicho interés, ya que se logra su conquista por parte del empresario, no a partir de las bondades del producto o el servicio que ofrece, sino a partir del error que se genera sobre las personas.

En ese orden de ideas, aun cuando asumiéramos que los eventos de engaño sobre lo propio no pueden juzgarse bajo el acto de “engaño”, eso no significa que escapen del ámbito de la competencia desleal, pues fácilmente se pueden enmarcar dentro de la cláusula general.

7. Acto desleal de descrédito:

AMOR PROPIO.

DESCRÉDITO EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA DESLEAL

(Columna de 18 de noviembre de 2023)

Muchas y muchos de ustedes posiblemente han visto videos divulgados por reconocidas compañías que parecen atacarse entre ellas a través de comerciales que algunos dirían que son burlescos, otros dirían que son ingeniosos, pero que en cualquier caso resultan jocosos. O al menos así es como yo los veo.

Esto me ha llevado a reflexionar, en no pocas ocasiones, si se trata de casos que pueden ser considerados de competencia desleal por configurar la conducta de descrédito. Y la verdad es que muy a pesar del tono de burla que se puede percibir en esos comerciales, he llegado a concluir que en muchos de los casos no se configura la conducta del artículo 12 de la ley de competencia desleal⁹.

En términos muy generales, existe descrédito cuando un participante del mercado difunde información, sobre un tercero también participante del mercado, que no corresponde con la realidad, o la distorsiona, y que adicionalmente tiene al menos la capacidad de desprestigiarlo.

Son varios los elementos configurativos de esta conducta. Sin embargo, hoy quisiera centrarme únicamente en uno de ellos. Un elemento sobre el que tengo la impresión de que suele olvidarse y al olvidarse terminan planteándose, a mi juicio de manera errónea, como de descrédito, algunos casos que más bien apuntan a la protección del amor propio.

El elemento al que me refiero es el de la capacidad del comportamiento reprochado para desprestigiar. En efecto, la configuración del descrédito exige que la información difundida tenga al menos la idoneidad o la aptitud de afectar el prestigio de un tercero. La cuestión está en cómo determinar que esa idoneidad existe. Pero antes de plantearlo, quiero dejar sentado que la manera de hacer tal medición no puede ser a partir de la afectación sentida por el empresario sobre su autoestima. No es una cuestión sobre si se siente ofendido con alguna aseveración hecha por un competidor. Trasciende más allá.

.....
⁹ Artículo 12 (...) 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.

En alguna oportunidad hablé en esta misma columna acerca de lo que denominé la triada de intereses en el régimen de competencia desleal. Con ello hice referencia a que este régimen no se ocupa únicamente de la protección de los intereses de los empresarios, sino que existen tres diferentes intereses que son protegidos: 1. El interés público del Estado en que el sistema económico se mantenga con un ejercicio competitivo sin desfiguraciones, 2. El interés colectivo de los consumidores y, por supuesto, 3. El interés privado de los empresarios.

Tal variedad en los intereses que se protegen es relevante para analizar las conductas de competencia desleal, lo que incluye el análisis del descrédito en casos concretos. Esto implica que para determinar la idoneidad de un comportamiento para desprestigiar es necesario tener en cuenta al destinatario de la información. De tal suerte que, para concluir que una información difundida es apta para desprestigiar, no basta que el participante del mercado sobre el que se hizo la referencia sienta lesionada su autoestima, sino que lo dicho debe generar, cuando menos de manera potencial, que la opinión de los destinatarios se torne negativa, es decir que debe generar la posibilidad de que los destinatarios resten valor a la buena imagen que tenían de alguien.

En tal sentido, si los destinatarios no reaccionan ante la información restando dicho valor y, por el contrario, continúan interesándose y adquiriendo el producto o el servicio de manera normal, lo que podría concluirse es que la información difundida, aun cuando pueda haber menoscabado la autoestima del empresario, no tiene la capacidad de desprestigiarlo y por tanto la conducta de descrédito debería ser descartada.

Los invito a ver nuevamente uno de aquellos jocosos comerciales y a preguntarse si dejarían de comprar esa gaseosa de siempre debido a las exageraciones o los chistes hechos por el empresario que vende la gaseosa competidora, ¿Lo harían?

7. Acto desleal de descrédito:

COLEGAS. COMPETENCIA DESLEAL ENTRE ABOGADOS

(Columna de 23 de noviembre de 2024)

Quien escucha hablar de competencia desleal posiblemente dirige su pensamiento, al menos en un primer instante, hacia típicos escenarios en los que intuitivamente se imagina que se presentan este tipo de casos. Quizá se piensa en el habitual caso de confusión generado por la similitud entre los empaques y los nombres de dos productos de consumo masivo, o en el caso del empresario que compara su producto con el de un competidor utilizando información falsa.

Sin embargo, los escenarios de la competencia desleal son múltiples y algunos pasan desapercibidos, ya sea porque no son fáciles de identificar, o porque hay pocos casos resueltos en instancias judiciales que sirven de referencia.

En uno de esos tantos posibles escenarios estuve pensando en estos días, con ocasión de la pregunta de algún estudiante que indagaba sobre si podía existir competencia desleal entre abogados. Por supuesto, esta pregunta nos llevó a todos en el salón a pensar en diversas situaciones que no parecen ajustadas a los mandatos honestidad, pero para efectos de esta columna me centraré en una sola, aquella en que un litigante aborda a los clientes de otro con el fin de captarlos y para ello pone en entredicho, mediante diferentes afirmaciones, el trabajo de su colega.

Analizar la posible configuración de actos de competencia desleal en una situación como esta implica revisar al menos tres puntos: 1. si el comportamiento del abogado que difunde las afirmaciones puede entenderse realizado en el mercado, 2. si un comportamiento como ese tiene fines concurrenciales y, 3. si se reúnen los elementos de alguna de las conductas de competencia desleal que contempla la ley. Miremos cada uno de ellos para poder llegar a una conclusión.

Denigrar ante los clientes de un colega, sobre la forma en que hace su trabajo, es un comportamiento realizado en el mercado. Esto, desde mi punto de vista, basado en dos consideraciones: en primer lugar, porque los abogados que ofrecen y prestan sus servicios en el ejercicio liberal de la profesión lo hacen dentro de un mercado: el de la prestación de servicios jurídicos. De hecho, ya la Superintendencia de Industria y Comercio ha reconocido en instancia jurisdiccional que existe este mercado en el que participan los abogados. En segundo lugar, porque las afirmaciones denigrantes trascendieron hasta ese escenario del mercado en tanto

llegaron a los clientes, o consumidores de servicios jurídicos, y con ello se puede afectar su decisión de elegir contratar uno u otro abogado.

También podemos afirmar que el comportamiento se realizó con fines concurrenciales, pues la intención del abogado que habló mal del trabajo de su colega era mejorar su participación en el mercado mediante la captación de nuevos clientes.

Finalmente, para establecer si el comportamiento cuestionado configura un acto de competencia desleal, debemos remitirnos a alguna de las conductas descritas en los artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996. En este caso, la que más se ajusta a la situación planteada es el “descrédito” que aparece regulado en el artículo 12.

Lo primero que al respecto se debe destacar es que el sólo hecho de difundir información denigrante sobre un competidor no configura competencia desleal. Para que eso ocurra, debe analizarse el contenido de la información, ya que el comportamiento será reprochable siempre y cuando lo que se difundida no corresponda con la realidad.

En la situación hipotética planteada, si la información difundida sobre el colega era falsa porque se afirmó, por ejemplo, que constantemente se vencían los términos, a pesar de que en todos sus procesos ha actuado de manera diligente y oportuna, estaríamos ante una situación de descrédito, pues las afirmaciones que afectan su reputación no corresponden con la realidad.

En esa medida, téngase en cuenta que el debate en casos como este, al menos desde el ámbito de la competencia desleal, no está en si denigrar del trabajo de los colegas abogados es un comportamiento reprochable. Lo que será determinante en el análisis es el contenido de la información difundida. Si no corresponde con la realidad, se trata de un acto de competencia desleal realizado en el mercado de la prestación de servicios jurídicos. En cambio, si a pesar de que se afecte el prestigio de un tercero, la información es exacta, verdadera y pertinente, no cabrá reproche alguno.

8. Acto desleal de comparación:

ODIOSAS.

LA COMPARACIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

(Columna de 3 de mayo de 2025)

Contrario a lo que popularmente se suele decir, no todas las comparaciones son odiosas. Hay algunas que son aceptables e incluso útiles. En esta columna me referiré a comparaciones de ese tipo, las admisibles, útiles, y adicionalmente que interesan en el ámbito de la competencia desleal.

Tengo la impresión de que existe un temor generalizado entre los empresarios de hacer comparaciones públicas de sus productos o de sus servicios con los de sus competidores. Es posible que este temor provenga del hecho de que piensen que tales comparaciones están prohibidas. Cuando pasa por su cabeza la idea de hacerlas, a lo mejor surgen dudas como ¿acaso puedo nombrar a mis competidores en anuncios publicitarios? ¿puedo mencionar las marcas de mis competidores, sin su autorización, para compararme con ellos?

Tal vez a algunos les sorprenda saber que la comparación de productos o servicios en el mercado no es una práctica prohibida por la ley. La comparación, si bien aparece en el artículo 13 de la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996), no es en sí misma una conducta reprochable. En realidad, se encuentra permitida, y solamente es sancionada si se realiza bajo ciertas circunstancias.

De manera que no debe existir temor en hacer comparaciones públicas, ni siquiera en el hecho de hacerlas con expresa mención de las marcas del competidor. Eso sí, lo importante es tener claros los límites que no se deben superar y así evitar que la comparación caiga en el terreno de la deslealtad.

Las comparaciones que no son admisibles, que en el lenguaje popular denominaríamos odiosas, pero que para nuestros efectos denominamos desleales, son aquellas en las que: 1. se hace la comparación utilizando información incorrecta o imprecisa; 2. se hace la comparación a partir de información que no corresponde con la realidad, es decir información falsa; 3. se hace la comparación omitiendo información de manera que se crea en los destinatarios una versión distorsionada de la realidad; 4. se hace la comparación a partir de extremos que no son análogos, es decir que no son equiparables; 5. Se hace la comparación a partir de información que no es comprobable, es decir, información que no es susceptible ser verificada, como cuando se compara a partir de opiniones personales.

Mientras los límites se respeten, la comparación será admisible por el régimen de competencia desleal. Y no solo eso, la comparación hecha conforme a la ley es una práctica útil en tanto beneficia a los consumidores en su elección de compra.

En efecto, si un consumidor, por ejemplo, se encuentra frente a una campaña publicitaria en la que se comparan dos marcas de celulares en aspectos como, la duración de la batería, la capacidad de almacenamiento, el precio y el peso, seguramente conocer ese tipo de información, y enterarse de ella con las dos prestaciones frente a frente, le ayudará a tomar más fácilmente la decisión acerca de cuál comprar.

El temor de hacer comparaciones se puede abandonar, pues no todas son odiosas, o más bien, no todas son desleales, el régimen de competencia desleal las tolera mientras se respeten sus límites y, a fin de cuentas, con ello se generan beneficios para los consumidores.

9. Acto desleal de imitación:

BUENOS IMITADORES

LA IMITACIÓN COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

(Columna de 12 de agosto de 2023)

Hace poco tiempo apareció Threads, una nueva red social que rápidamente captó la atención de gran cantidad de usuarios. No tardaron mucho en aparecer también los críticos que la tildaban de ser una imitación de Twitter, o al menos eso fue lo que leí en algunos comentarios -también en Twitter- y lo que escuché en no pocas conversaciones casuales.

Pero esta no es una columna sobre Threads y sus eventuales conflictos con la anteriormente llamada Twitter. Mi interés, al menos por ahora, no es analizar ese caso. Sin embargo, los diferentes comentarios me permitieron pensar en un tema para retomar esta columna y reencontrarme con ustedes. En realidad, es una columna acerca de la imitación como acto de competencia desleal.

En el contexto del derecho contra la competencia desleal la palabra "imitación" no puede usarse de manera amplia como quizá la usamos en nuestra cotidianidad. No sería preciso, por ejemplo, decir que alguien "imitó una marca" por el hecho de haberla reproducido de manera exacta. Tampoco podríamos decir que un participante del mercado actuó deslealmente por el sólo hecho de haber "imitado el producto" de su competidor. Situaciones como esas no son exactamente las que el artículo 14¹⁰ de nuestra ley de competencia desleal condena.

Para comprender qué es la imitación desleal¹¹ hay dos puntos que se deben tener en cuenta: en primer lugar, es importante tener claro qué tipo de elementos interesan o caben en el ámbito de este acto de competencia desleal y, en segundo lugar, que, contrario a lo que desprevenidamente podría pensarse, la ley no considera desleal el mero hecho de imitar a otro, ni siquiera si se hace de manera exacta y minuciosa. Suena raro, pero así funciona, así que paso a explicarlo.

¹⁰En lo pertinente el artículo 14 de la Ley 256 de 1996 dice lo siguiente:

"La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

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

¹¹En esta columna me ocuparé únicamente de la imitación simple y no de la imitación sistemática. Lo anterior porque los casos de imitación sistemática son infrecuentes y por ello considero más útil contarles sobre la imitación simple.

La imitación desleal no es la vía correcta para buscar proteger signos distintivos como lo son, por ejemplo, las marcas. Lo que interesa y por tanto cabe en el ámbito del artículo 14 son las prestaciones o iniciativas empresariales singulares o peculiares, no los signos que se usan para distinguirlas de otras. Pensemos en un empresario que diseña una biblioteca con una forma tan especial que adquiere singularidad en el mercado, es decir que los consumidores al verla la distinguen de otras bibliotecas fabricadas por otros empresarios, pero no logran hacer esa distinción debido a la marca que la acompaña, sino por el diseño tan particular que tiene. Eso es lo que podemos denominar una prestación singular o peculiar, y es eso lo que interesa al acto de competencia desleal de imitación. De ahí que no sea preciso decir que alguien fue desleal porque "imitó una marca", pues, insisto, lo que interesa en la imitación desleal son las prestaciones y las iniciativas empresariales singulares o peculiares.

Ahora bien, no es la reproducción exacta y minuciosa de la prestación o la iniciativa empresarial lo que se considera desleal. Así, en el contexto de nuestro ejemplo, el hecho de que otro empresario fabrique y comercialice una biblioteca idéntica a aquella de diseño singular no es una conducta que se considere contraria a los parámetros de comportamiento esperables de un empresario leal, ¿qué es entonces lo que la ley considera imitación desleal?

Para quienes no han explorado este ámbito del derecho puede resultar un tanto extraña la siguiente afirmación: en Colombia la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, excepto, por supuesto, cuando están amparadas por la ley -pero de esas no hablaremos en esta columna-.

Significa esto que la ley permite la reproducción de las prestaciones e iniciativas empresariales singulares de los competidores. Sin embargo, y aquí es donde está el punto crucial, esa reproducción se convierte en acto de competencia desleal cuando a partir de ella se genera confusión entre los consumidores acerca del origen empresarial de la prestación o la iniciativa, o si su reproducción implica una explotación indebida de la reputación ajena. Es bajo esos supuestos que hablamos de una imitación desleal.

De tal suerte que pueden existir buenos imitadores o, puede decirse también, imitadores no desleales, que serían aquellos participantes del mercado que reproducen una prestación o iniciativa empresarial singular o peculiar, pero logran comercializarla distinguiéndose con suficiencia de quien inicialmente la hizo, es decir que ejecutan todo lo necesario para que los consumidores tengan claro que quién les está vendiendo, por ejemplo,

una curiosa biblioteca, es una persona distinta y que ninguna relación tiene con quien hizo la tarea de inventarla y darla a conocer.

Es curioso que en la ley de competencia desleal los actos no suelen ser lo que, al menos de entrada, parecen. Esto es así porque tienen denominaciones que no ilustran con exactitud aquello que verdaderamente da lugar a la configuración de una conducta desleal. Pasa igual que con los libros -y con las personas-, no debemos juzgarlos por su portada.

10. Acto desleal de explotación de la reputación ajena:

LIDIAR CON EL EX. SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

(Columna de 17 de marzo de 2024)

Para casi nadie es sencillo terminar una relación. Pero más allá de ese incómodo momento de la terminación, a veces es incluso más difícil lidiar con lo que ocurre después. Y no me refiero a lo que pasa en las relaciones de pareja, sino en las relaciones comerciales que han llegado a su fin y en las que a veces puede tornarse difícil lidiar con el ex.

Una de las situaciones que me ha llevado a reflexión es la de aquel ex integrante, ex miembro, ex aliado –entre otros ex –, que publicita su nuevo negocio valiéndose del hecho de ser el ex de alguien. Piensen por ejemplo en un cantante de salsa que perteneció al legendario grupo La Fania que decide independizarse lanzándose como solista. Aprovechando el hecho de haber pertenecido a tan reputado grupo musical anuncia sus conciertos, no solo con su nombre, sino diciendo ser “ex integrante de La Fania”, con lo que evidentemente logra captar la atención de los consumidores de buena salsa que debido a eso se ven más motivados para asistir a los conciertos.

Si trasladamos esta situación a uno de los temas habituales de esta columna, es decir, al mundo de la competencia desleal, podemos plantearnos: ¿esta forma de impulsar un negocio, valiéndose de anteriores vínculos, podría considerarse explotación de la reputación ajena? Revisemos dos argumentos distintos con los que podría resolverse este interrogante.

Pero antes de abordarlos, recordemos que la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996) señala en el inciso primero del artículo 15 que: “Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado (...)”. Esto corresponde al acto desleal que se conoce como explotación de la reputación ajena.

Esta norma básicamente reprocha aquellos comportamientos en los que un participante del mercado se apalanca en el reconocimiento que otro ha ganado, para impulsarse a sí mismo y así obtener una clientela.

Es importante tener en cuenta que no todo apalancamiento es reprochable, pues solamente lo es en la medida que sea indebido.

Teniendo eso en cuenta, hay aprovechamientos de la reputación de un tercero que no podrían ser reprochados, por ejemplo, porque son autorizados por quien ostenta la reputación, o porque están avalados por la misma ley. En tales casos no podríamos hablar de la comisión de un acto de competencia desleal precisamente por la falta del carácter indebido de la explotación.

Por ejemplo, el inciso segundo del artículo 157 de la Decisión 486 de 2000 dispone que “El registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos”. Como se observa, las normas sobre propiedad industrial permiten que, en ciertos eventos muy específicos, los terceros usen signos distintivos ajenos sin autorización. Se trata entonces de situaciones en la que eventualmente podría explotarse la reputación de una marca muy conocida sin que eso constituya competencia desleal, pues la misma ley avala el uso y por tanto no podría considerarse indebido. Si en cambio, esos eventos los juzgáramos como explotación de la reputación ajena, estaríamos dando a las marcas un alcance que no tienen y reprochando vía competencia desleal un comportamiento que está avalado por otro ámbito del derecho.

De manera que un elemento crucial a la hora de hablar de explotación de la reputación ajena es el carácter indebido de la explotación. Eso es determinante para poder concluir sobre la configuración de la conducta.

Regresemos ahora al ejemplo del artista que se anuncia como ex cantante de La Fania y que en efecto lo fue durante varios años, ¿podríamos encontrar alguna circunstancia indebida en esa manera de anunciarse ante los consumidores?

Un argumento que puede usarse para descartar que esto sea verdaderamente un caso de competencia desleal es que el anunciar su antigua vinculación con La Fania no es indebida en tanto es cierto que perteneció a dicha agrupación. En esa medida, una conducta como la descrita sería desleal solamente si la mención que se hace no corresponde con la realidad, pues en ese supuesto la afirmación sería indebida, pero mientras sea cierto lo que se difunde no hay nada que reprochar en el hecho de que el cantante resalte una labor que desarrolló antes de decidirse a actuar como solista, al fin y al cabo eso da cuenta de su experiencia.

Sin embargo, también hay razones para señalar que la conducta es desleal, pues podríamos argumentar que no solo en la falta de veracidad de la información se puede hallar el componente indebido. También podría ser indebido el hecho de que el artista no se vale de su propio mérito como solista para ganar una posición dentro del mercado, sino que busca obtener su clientela a partir del reconocimiento que ya tiene La Fania, la que, para lograrlo, ha tenido que agotar un recorrido durante años y hacer importantes inversiones. De todo ello se beneficia el artista para concurrir al mercado, pese a que se trata del esfuerzo previo hecho por otro. Si optamos por esta opción, podríamos argumentar que la conducta sería válida solamente si La Fania autoriza al artista para usar su nombre en la difusión de su nuevo proyecto musical, de lo contrario el aprovechamiento de la fama de la legendaria orquesta de salsa podría considerarse indebido.

Este mismo ejercicio pueden hacerlo con otro tipo de casos en los que se hace referencia al ex, por ejemplo, cuando se mencionan clientes que han sido atendidos en el pasado, o cuando se mencionan compañías con las que se sostuvieron alianzas comerciales, entre otros casos. Yo me inclino a pensar que las referencias a relaciones pasadas, para buscar el propio posicionamiento en el mercado, pueden ser desleales en muchos eventos. Pero esto no lo afirmo en términos absolutos, pues habrá situaciones en las que esté justificado hacerlo por diferentes motivos. No olviden que el derecho contra la competencia desleal es un derecho de casos y por eso todo hay que analizarlo según la situación que tengamos en frente.

11. Acto desleal de desviación de clientela:

AUNQUE NO SEA SECRETO. LA LISTA DE CLIENTES Y SU USO DESLEAL

(Columna de 21 de julio de 2024)

La lista de clientes (que incluye al menos nombre y datos de contacto) es una de esas cosas que los empresarios suelen custodiar con bastante cuidado. En muchas ocasiones porque les genera preocupación el hecho de que empleados malintencionados la sustraigan tras retirarse de la compañía, ya sea para usarla en su propio negocio, o cuando simplemente se van a trabajar con una compañía competidora.

Esto ha motivado demandas de competencia desleal que, contrario a lo que uno podría pensar, no suelen tener éxito. Y eso que parece evidente que un comportamiento como el que menciono difícilmente podría decirse que es honesto.

¿A qué se debe entonces la falta de éxito en estos casos? ¿acaso no puede protegerse la lista de clientes con el régimen de competencia desleal? En esta columna hablaremos de ambas cosas.

Un error que en estos casos se puede cometer tiene que ver con el acto de competencia desleal que se alega, pues en muchas ocasiones se piensa, en mi opinión erróneamente, que lo que configura la sustracción no autorizada de la lista de clientes es la violación de un secreto empresarial. Bajo ese entendido, se terminan planteando demandas fundamentadas en el acto de competencia desleal de “violación de secretos”¹². Sin embargo, esa vía resulta problemática.

Si revisamos la Decisión 486 de 2000, encontraremos que allí se habla del “secreto empresarial” como aquella información que debe reunir tres requisitos: 1. Que no sea generalmente conocida ni de fácil acceso por quienes están en los círculos que suelen manejar ese tipo de información, 2. Que tenga valor comercial por el hecho de ser secreta y, 3. Que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerse secreta.

Tratándose de la lista de clientes, el primero de los requisitos es problemático, pues es difícil pensar que los nombres de personas que

¹²De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 256 de 1996 “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley. Tendrá 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.” (...)

compran productos o servicios sean difíciles de recopilar por parte de los empresarios interesados en la clientela de un sector específico. De ahí que cuando la lista de clientes es sustraída sin autorización, difícilmente se configure una violación de secretos, por la sencilla razón de que esa información posiblemente no alcance la categoría de secreto empresarial. Pero, aunque no sea secreto, hay argumentos a favor de su protección por la vía del régimen de competencia desleal.

Existe otro camino que considero viable para la protección de la lista de clientes y es el de usar la cláusula general de la buena fe comercial que aparece en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996. Recordemos que este es un acto de competencia desleal independiente al que puede acudir cuando se ejecutan comportamientos contrarios a la buena fe que no aparecen expresamente descritos en la ley.

Necesitaría de una importante cantidad de espacio para hablar con detalle sobre la cláusula general. Sin embargo, esa es una concesión que no creo que me permita el editor, ni tampoco yo lo haría, pues mi propósito con estas columnas es el de ofrecerles reflexiones que considero interesantes, pero me reto a hacerlo en pocas líneas.

Por eso, resumiré el tema de la cláusula general de la buena fe comercial diciendo que corresponde a un estándar general de comportamiento exigible a todos los participantes del mercado. Bajo ese estándar, se espera que quienes concurren al mercado no afecten injustificadamente los intereses de los consumidores ni los de los empresarios. Se entiende que se hace de manera injustificada cuando la afectación de dichos intereses no está basada en el mérito de las prestaciones, es decir, en el mérito de los productos y los servicios que se ponen en el mercado, así como de las actividades que se desarrollen para ofrecerlos.

Si llevamos esto al caso de la sustracción no autorizada de la lista de clientes, podemos encontrar que tal comportamiento constituye una violación a la cláusula general del artículo 7 de la Ley de competencia desleal.

En efecto, aunque la lista de clientes posiblemente no reúna los requisitos del secreto empresarial, lo cierto es que contar con un listado de personas interesadas en la adquisición de cierto tipo de productos o de servicios, generalmente implica que se realice algún esfuerzo, así como el paso del tiempo para consolidar dicha información, e inversiones de otro tipo de recursos. Por el contrario, quien toma sin autorización de su competidor el listado y se vale de esa información para contactar potenciales clientes, no ha tenido que hacer ningún esfuerzo más que el de sustraer la lista, ni tampoco inversiones para contar con una lista depurada de interesados, de

manera que no podría decirse que quien actúa de esta forma llega hasta los clientes gracias a algún mérito, sino que lo hace valiéndose injustificadamente de lo que otro ha construido.

Así las cosas, sustraer sin autorización el listado de clientes de otro participante del mercado es una conducta contraria a la buena fe comercial y, en consecuencia, un acto de competencia desleal. De tal suerte que bajo ese argumento es viable la protección de este tipo de listados que, si bien no son secreto empresarial, constituyen información valiosa que merece ser protegida por el régimen contra la competencia desleal al mercado.

12. Acto desleal de violación de normas:

NO ES LA NORMA, ES LA VENTAJA VIOLACIÓN DE NORMAS COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

(Columna de 21 de junio de 2025)

Es difícil, o quizá debería decir imposible, pensar en todos los eventos que podrían constituir competencia desleal, especialmente si consideramos la existencia del artículo 18 de la Ley 256 de 1996¹³, en el que se reprocha la obtención de ventajas competitivas significativas a partir de la infracción de normas. Esto es lo que se conoce como el acto desleal de “violación de normas”, cuyo nombre y contenido parecen confirmar mi primera afirmación: es imposible pensar en todos los eventos de competencia desleal.

En un intento de delimitar el alcance, al parecer desbordado, que podría tener la aplicación del mencionado artículo 18, en diferentes sentencias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de facultades jurisdiccionales, esta ha señalado que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que da lugar a la comisión del acto de competencia desleal, pues tiene que tratarse de normas que regulen el comportamiento concurrencial de los participantes del mercado.

Es decir que, al menos bajo esta interpretación, a fin de cuentas, el alcance de la norma no es tan amplio como en principio podría imaginarse, ya que solamente se hablaría de violación de normas como acto de competencia desleal en los eventos en que la ventaja competitiva significa se adquiere a partir de la violación de unas normas muy específicas, esto es, aquellas que se encargan de regular el comportamiento de las personas en el mercado.

Al menos para mí, de la sola lectura de la norma, no es fácil concluir que este acto desleal está limitado a normas que regulan la concurrencia de las personas al mercado, pues lo cierto es que tal circunstancia no aparece en ningún lugar dentro del artículo 18 de la ley de competencia desleal, en el que la expresión que utilizó el legislador es “norma jurídica” y no “norma que regule la concurrencia al mercado”.

Me atrevo a pensar que hay resistencia en entender la norma en un sentido más amplio, pues el juez de competencia desleal podría terminar conociendo una interminable cantidad de asuntos que nada tienen que ver con los comportamientos de interés para la ley de competencia desleal: aquellos que ocurren en el mercado.

¹³ Artículo 18. *Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.*

Sin embargo, la forma en que hasta el momento se ha interpretado esta norma puede cambiar y ser entendida en un sentido más amplio sin que ello implique salir del espectro de lo que interesa al régimen contra la deslealtad en la competencia.

En efecto, no hay razón para temer en entender que el acto se configura por la violación de cualquier norma (falta discutir el rango de la norma, pero eso es otro debate) y no solo de aquellas que regulan la concurrencia al mercado, pues no se debe perder de vista que el único elemento que exige el artículo 18 no es la infracción de una norma, sino que, adicionalmente, es necesario que el infractor adquiera una ventaja competitiva significativa a partir de esa infracción. Este segundo elemento es el que convierte las violaciones normativas en asuntos de interés para la ley de competencia desleal. Es la obtención reprochable de ventajas competitivas en el mercado lo que hace que la violación de una norma, distinta a las de la ley 256 de 1996, justifique la intervención de este régimen.

Partiendo de esa idea, no importa si las normas que configuran el acto desleal tienen que ver o no con la concurrencia al mercado. Que regulen la concurrencia o no lo hagan no es lo que debe llamar nuestra atención para determinar la intervención del régimen de competencia desleal. La clave está en que, al margen del objeto de la norma, se reproche la obtención de ventajas competitivas significativas con ocasión de la infracción, cualquiera que esta sea. En eso es que debemos concentrarnos.

13. Legitimación pasiva en procesos de competencia desleal:

COMPETENCIA DESLEAL EN TODAS PARTES. SOBRE LA LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL

(Columna de 18 de mayo de 2024)

Hay discusiones en el derecho que uno no imagina que pueden llegar a darse, especialmente cuando tienen que ver con temas que a primera vista parecen claros y que por tanto no ofrecen nada para el debate. Estoy convencido de que cuando esas discusiones –que en realidad no versan sobre temas claros sino sobre cuestiones que estaban ocultas– aparecen, hay mucho que decir y mucho que aportar.

Hace pocos días, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá profirió una sentencia¹⁴ en la que se refirió a la legitimación por pasiva en el ámbito de la competencia desleal que, creo yo, merece algún debate.

En aquella providencia, el Tribunal concluyó que la parte demandada no estaba legitimada por pasiva debido a que no se demostró que participaba dentro del mismo mercado que lo hacía la demandante. Dejó claro, eso sí, que no es necesario que las partes involucradas en este tipo de procesos sean competidores directos. Sin embargo, en el caso concreto debía quedar acreditado que la demandada participaba dentro del mismo mercado, ya fuera por ser competidor directo, competidor indirecto, proveedor, productor o consumidor.

Desde mi punto de vista, esta apreciación sobre la legitimación por pasiva no es acertada y es lo que pretendo evidenciar en esta columna.

El tema aparece regulado expresamente en el artículo 22 de la Ley 256 de 1996¹⁵ en donde se señala que: “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”.

Como puede observarse, para efectos de determinar quién puede ser demandado por la comisión de actos de competencia desleal, la norma no exige que dicho sujeto debe ser necesariamente un participante del mismo mercado del que participa el demandante. La norma exige solamente que tal persona haya contribuido con la realización del acto, y lo cierto es que

¹⁴ Sentencia de 3 de abril de 2024, proceso 015-2014-00313-01.

¹⁵ Nuestra ley de competencia desleal.

un acto de este tipo se puede ejecutar incluso cuando se participa dentro de un mercado diferente al del afectado. En ese sentido, el Tribunal echó de menos un requisito que no existe.

Ahora bien, es posible que la mayoría de los casos que llegan al conocimiento de los jueces involucren personas que participan dentro del mismo mercado. Puede también que en ocasiones no resulte del todo fácil imaginar conflictos de competencia desleal entre personas que participan en mercados distintos.

Me aventuro a pensar que ambas cosas ocurren porque uno de los requisitos del acto de competencia desleal es el fin concurrencial. Es decir, que para que un comportamiento se califique desleal debe realizarse con el propósito de mantener o incrementar la participación en el mercado propia o de un tercero; aspecto que es fácilmente realizable e imaginable cuando el agente desleal y la víctima participan en el mismo mercado, y no así cuando participan en mercados diferentes.

Sea cual sea la razón, ni la generalidad de los casos, ni la dificultad de imaginarlos, debe llevar a concluir que la legitimación por pasiva en materia de competencia desleal exige que agente desleal y víctima participen dentro del mismo mercado.

Pensemos por ejemplo en un periodista que es propietario de un periódico cuyas suscripciones pagas han estado en caída los últimos meses. Con el único objetivo de captar compradores, decidió publicar una noticia en la que hablaba sobre unos supuestos envenenamientos causados por un producto alimenticio comercializado por la empresa JF. Sin embargo, esa información era falsa, pero cuando eso se supo, ya muchos consumidores habían dejado de adquirir el producto de JF.

Notemos que el periodista y la empresa de alimentos no participan dentro del mismo mercado y aun así el periodista podría haber incurrido en el acto de competencia desleal de descrédito. No obstante, bajo la tesis expuesta por el Tribunal, este caso terminaría siendo descartado por falta de legitimación por pasiva debido a que las partes participan en mercados distintos. Conclusión que, por supuesto, no comparto, pues es claro que el periodista actuó con fines concurrenciales y ejecutó un comportamiento abiertamente reprochable en el escenario del mercado, que por ello debería ser juzgado bajo las normas de competencia desleal.

Apreciada y apreciado lector, bajo este entendido, diríamos que la competencia desleal puede ocurrir en todas partes, incluso con participantes en mercados distintos. Y agregó como nota final: de formas cada vez más sofisticadas que a veces cuesta imaginar.

14. Prescripción:

NOVEDOSA LA MODA DE ANDAR A PIE

(Columna de 6 de agosto de 2022)

Si por novedoso entendemos que algo es nuevo: la tesis sobre que no opera la prescripción, cuando lo que se pretende es el cese de conductas desleales cuya ejecución se prolonga a lo largo del tiempo y que no han cesado, está lejos de ser algo novedoso. Lo curioso es que esa postura ha recibido críticas por pasarse de “novedosa”, pese a que más novedosa resulta la moda de andar a pie.

Si usted es una lectora o un lector que no está enterada (o) de la discusión, he aquí un poco de contexto para que no abandone esta lectura de fin de semana y termine ese café mientras conversamos sobre derecho.

Suponga que un empresario comercializa un producto que no menciona en sus especificaciones que contiene un químico que ha sido considerado dañoso para la salud, pese a que sí lo contiene. Esto ha ocurrido sin que nadie haya podido identificar el componente. En el mundo de la competencia desleal un comportamiento como este puede configurar el acto desleal de “engaño”.

Suponga ahora, que diez años después de que este empresario comenzó a comercializar el producto engañando a los consumidores, alguien por fin pudo verificar técnicamente que el producto contenía el químico, es decir que sólo una década después alguien pudo verificar que se estaba cometiendo un acto de competencia desleal, lo que lleva a que se presente inmediatamente una demanda.

Mirémoslo ahora desde un escenario alternativo: Suponga que poco después de que se comenzara a comercializar este producto, un competidor de aquel empresario se enteró de que contenía el químico, pero el posible impacto que eso causaba en su negocio no pasaba de ser una amenaza, por lo que consideró que no se justificaba presentar una demanda de competencia desleal. Sin embargo, un poco más de dos años después, este competidor decidió demandar, pues la situación que antes era sólo una amenaza ahora se había vuelto inmanejable ya que muchos de sus clientes estaban optando por el otro producto afectados por el desconocimiento de sus componentes, e incluso tuvo noticia de consumidores que se estaban enfermando al punto de tener sus vidas en riesgo.

En ambos casos, es decir, tanto en el caso en que tras una década alguien se entera del engaño, como en el caso del competidor que se entera desde

el primer momento, pero decide demandar un poco más de dos años después cuando la situación trascendió de la amenaza a la afectación, es posible que la respuesta del juez sea, aunque no siempre, que ha operado la prescripción. Lo que en la práctica implica que no habrá una orden judicial para que cese la conducta pese al engaño del que somos víctimas los consumidores y, en consecuencia, tendremos que seguir expuestos a los menoscabos del comportamiento, pues ese es el resultado que deja la aplicación del fenómeno prescriptivo en estos casos (a esto lo llamaré tesis S).

Si frente a lo que le estoy contando su reacción es de sorpresa, entonces estamos del mismo lado, pues a mí no deja de sorprenderme. Si, por el contrario, usted piensa que es esa la única respuesta, lo invito a revisar lo que la doctrina y diversos jueces han sostenido desde hace muchos años. Tal vez cambie de opinión.

La discusión de la que hablo en esta columna proviene básicamente de dos circunstancias, de un lado, del artículo 23 de la ley de competencia desleal (LCD) en el que se señala lo siguiente: “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”. Y, del otro, del hecho de que los actos de competencia desleal normalmente no se ejecutan en un único momento, sino que en la mayoría de las ocasiones se ejecutan de forma duradera, esto es, de manera continuada a lo largo del tiempo, lo que se conoce como el acto continuado. Y ustedes dirán: ¿y qué es eso del acto continuado si el artículo 23 en ninguna parte lo menciona? Y en efecto no lo dice, pero es que la categoría de “acto continuado” o “duradero” no tiene que estar en la ley para que exista. Ello proviene de la vida misma, de la forma en que se hacen las cosas, de la forma en que se ejecutan en la realidad los actos de competencia desleal. Dicho de otro modo, para considerar que un acto de competencia desleal es continuado, esto es, cuya ejecución se prolonga en el tiempo, no se necesita nada distinto a una observación de la realidad.

Algunos de los que defienden la tesis S, afirman que en la LCD no existe ninguna mención sobre actos continuados, y que simplemente existen dos plazos de prescripción, uno de dos años desde el enteramiento por parte del legitimado, y otro de tres años que se cuenta a partir de la realización del acto de competencia desleal -entendida la “realización” como el primer momento en que se ejecuta- y no desde su finalización. Bajo esta postura, el término de prescripción corre, aunque el acto se siga cometiendo, es decir que corre, aunque no haya cesado la conducta.

Esta tesis, aunque respetable como muchas, tiene un gran problema por dentro¹⁶, y es que está impregnada del modelo corporativo o profesional en que se basaban las derogadas normas que sobre competencia desleal contenía el Código de Comercio bajo el que se protegía con carácter exclusivo el interés particular del empresario. Bajo la óptica del derogado modelo de dicho código, parece claro que, si el empresario afectado se tarda en demandar, la consecuencia debe ser que opere la prescripción, pues así se evita que el ejercicio de la pretensión permanezca en la indefinición frente a conflictos particulares.

Sin embargo, y por fortuna, ese modelo fue superado con la Ley 256 de 1996 en la que se adoptó un modelo social bajo el que se protege la triada de intereses de la que ya les he hablado en otras columnas. En dicho modelo social, el único interés protegido por el régimen de competencia desleal no es el particular del empresario, sino también el interés público del Estado en la preservación de un sistema económico de competencia no falseado y el interés colectivo de los consumidores. De ahí que exista otra postura para la comprensión de la prescripción que hoy llamaré la tesis C.

Bajo la tesis C, cuando se trata de actos de competencia desleal que se prolongan a lo largo del tiempo, esto es, actos que se ejecutan de manera continuada, la prescripción no comienza a correr hasta que la conducta haya finalizado. Es decir que aun cuando hayan pasado los años y los supuestos previstos en el artículo 23 de la Ley 256, si el comportamiento desleal se sigue ejecutando, es posible que el juez ordene el cese de la conducta pues no habría operado la prescripción.

Tal postura encuentra una poderosa explicación en el modelo social de competencia desleal, ya que la demora del empresario en la presentación de la demanda no puede justificar el que se mantenga a perpetuidad un comportamiento que no solo afecta a ese particular que no hizo ejercicio de la acción en los tiempos del artículo 23, sino que los afecta a ustedes y a mí como consumidores y, no menos grave, al mercado mismo. Aplicar la prescripción frente a comportamientos que no han cesado, que aún se pueden detener, y que es perjudicial perpetuar, implica dejar sin protección dos de los intereses protegidos por el modelo social de la LCD, como si aun viviéramos bajo el techo de un modelo que ha debido abandonarse hace veintiséis años.

Por supuesto que, si un comportamiento ya no se ejecuta en el mercado y hay demora en la presentación la demanda, es apenas razonable que ese demandado, que en su momento fue desleal pero ya se detuvo y dejó de serlo, pueda valerse de la prescripción. Pero no podría decirse lo mismo de

¹⁶ Para estudiar la crítica completa a esta postura los invito a leer los análisis de José Massaguer Fuentes.

quien sigue siendo desleal y lo viene siendo hace años: ¿cómo aceptar que esta persona que actúa en perjuicio de los consumidores y del mercado se valga de la prescripción? Al menos como yo lo veo, eso es inadmisibile.

Esto, apreciadas (os) lectoras (es), no es ni novedoso ni disruptivo. Ya la doctrina española y diferentes jueces de ese país -de donde replicamos la ley de competencia desleal y que bastante ventaja nos lleva en el desarrollo de esta disciplina jurídica- lo habían sostenido antes de que su ley fuera modificada en lo que respecta a la prescripción. Sobre esto, y en honor a la verdad, hay que decir que erróneamente se ha dado a entender que en España es posible aplicar la tesis C porque la ley es diferente y expresamente se refiere al momento de la finalización de la conducta para efectos de comenzar a realizar el cómputo de la prescripción. Si bien es cierto que hoy la ley es diferente, antes, cuando era muy parecida a la nuestra, ya la tesis C se aplicaba. La ley se ajustó a la jurisprudencia, no al contrario.

No está de más aceptar que esta tesis puede generar una legítima preocupación en lo que tiene que ver con los perjuicios. Hay quienes afirman que esa imposibilidad de que opere la prescripción puede generar incentivos para que un insensato demandante se demore en presentar la demanda para "engordar" la indemnización. Eso, a primera vista parece cierto. Sin embargo, se soluciona fácilmente con la misma lógica que se ha expuesto en la tesis C, pues basta comprender que lo que tiene que ver con los perjuicios no se adecua completamente a la triada de intereses, bajo el entendido de que aquellos se solicitan exclusivamente en interés particular. De tal suerte que en relación con las pretensiones indemnizatorias podría existir un límite temporal para la reclamación que coincida con los términos de prescripción señalados en el artículo 23 de la LCD.

15. Medidas cautelares:

EL JUEZ SORDO

(Columna de 16 de abril de 2022)

En general, en las situaciones de la vida, a nadie le gusta sentirse juzgado sin que primero se escuche su versión de lo que sea que haya pasado. Y al igual que ocurre en las cosas de la vida, cuando una persona se ve implicada en un proceso judicial también debe ser escuchada.

Pero esto tiene matices cuando la decisión que se va a tomar tiene que ver con medidas cautelares, pues en ese caso es posible su decreto sin que se escuche previamente a la parte contraria de quien la solicitó. Esto es así no solo porque lo contempla el Código General del Proceso (CGP), sino porque en buena medida es necesario que funcione de esa forma, ya que bien podría ocurrir que, al buscar practicarse una medida cautelar, por ejemplo, sobre los bienes de la contraparte, esta oculte esos bienes para evitar la medida. Tal cosa, de haber ocurrido, solo fue posible porque tuvo el tiempo de hacerlo gracias a que previamente a la práctica de la medida ya tenía noticia de que ella recaería sobre sus bienes.

Estimados lectores, aunque lo que acabo de decirles parece tener bastante sentido en el escenario de la medida cautelar: ¿lo tiene también cuando hablamos de medidas cautelares en procesos de competencia desleal? Les contaré por qué, al menos como yo lo veo, no siempre lo tiene. Sirvan su café porque de eso trata la columna de hoy.

El punto de partida es el artículo 31 de la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996):

“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 (...)”¹⁷

Como pueden verlo, en materia de competencia desleal contamos en Colombia con una norma especial aplicable al trámite de medidas cautelares. Esto implica que debemos tener en cuenta no solo los

¹⁷ Transcribo sólo lo pertinente para efectos del contenido de esta columna.

contenidos generales que sobre el trámite cautelar anota el CGP, sino también los contenidos especiales del artículo 31 antes transcrito.

Es desde allí precisamente que las cosas comienzan a lucir distintas pues, en mi opinión, a diferencia de lo que algunos sectores sostienen, las medidas cautelares en materia de competencia desleal, por regla general, solamente deben ser decretadas una vez se ha escuchado a la parte contraria. Decretarlas sin conocer la versión del demandado o futuro demandado solo es posible de manera excepcional. Suena atípico, pero tiene bastante sentido que sea así.

Observemos que el artículo le da al juez la posibilidad de adoptar la medida cautelar sin escuchar de manera previa a la parte contraria. No aparece allí algún deber del juez de proferir su decisión sin recibir la versión del posible cautelado, pues habla de un “podrán” adoptarse sin oír a la parte contraria. Es decir que también existe la posibilidad de adoptar la medida cautelar habiendo escuchado de manera previa al posible afectado con su práctica. ¿Qué determina que el juez escuche previamente al demandado o futuro demandado?: la respuesta está en la misma norma. La posibilidad de decretar la medida cautelar sin escuchar previamente a la parte contraria se abre cuando existe peligro grave e inminente. Si tal peligro no existe es claro que el juez puede escuchar la otra versión antes de tomar la decisión.

Pero más allá de lo que dice la norma revisemos por qué tiene bastante sentido que las cosas funcionen así.

Cuando un participante del mercado es víctima de un acto de competencia desleal lo que normalmente busca en el proceso, en primera medida, es el cese del comportamiento. Tal cosa ocurre porque los comportamientos desleales habitualmente no se ejecutan en un único momento sino de manera continuada a lo largo del tiempo. De ahí que sea común que el principal interés del demandante sea el de buscar el cese de la conducta. Pensemos por ejemplo en un empresario que se está viendo afectado por la comercialización de unos productos cuya presentación es similar a los suyos y debido a eso se está causando confusión entre los consumidores. En escenarios como ese, la medida cautelar juega un papel muy importante porque le permite al afectado detener de manera rápida la conducta y así puede evitar que se prolongue durante el tiempo de duración del proceso. Eso es crucial, pues aunque el lapso contemplado en el CGP¹⁸ se considere razonable lo cierto es que, mientras transcurre, el empresario víctima puede haber perdido buena parte de su clientela o sufrido afectaciones de tal magnitud que cuando llegue la sentencia: ¿ya para qué?

.....
¹⁸ De acuerdo con el artículo 121 CGP el término de duración del proceso es de un año prorrogable por seis meses más.

El cese se puede materializar, por ejemplo, en la orden de abstención de comercialización de los productos, el retiro de los que ya estén siendo ofrecidos en puntos de venta, la modificación de la presentación, entre otros. Esto implica que para el cumplimiento de la orden cautelar es necesario que el cautelado se abstenga de continuar ejecutando acciones concretas o que por el contrario ejecute algún tipo de acción. Pero para que eso ocurra, es decir, para que el demandado se abstenga de hacer algo o para que proceda a hacer algo, primero debe ser enterado de la orden, esto es: notificado de la orden cautelar. Todo lo cual significa que este tipo de medidas no pueden cumplirse si previamente no han sido notificadas a la parte contraria, pues sin su enteramiento no es posible materializar las órdenes.

Esto marca una notable diferencia con otro tipo de medidas cautelares, como el embargo, en las que se corre un riesgo si previamente a su cumplimiento se notifica a la parte contraria que fue decretada la medida. Pero ese riesgo puede evitarse porque es posible cumplir la orden cautelar sin necesidad de hacer la notificación. En cambio, como lo vimos, las órdenes de cese de comportamientos desleales no pueden materializarse por quien tiene el deber de abstenerse o de ejecutar una acción si previamente no se le notifica qué es lo que debe abstenerse de hacer o qué es lo que debe hacer.

Bajo esa lógica, no hay razón, salvo la que mencionaré más adelante, para que previamente a decidir sobre el decreto de la medida cautelar el juez no escuche la versión de la parte contraria, pues si en todo caso su cumplimiento está condicionado al previo enteramiento de la orden, nada extraño hay en que antes de que se tome la decisión se vincule al presunto actor desleal al trámite cautelar para que responda la solicitud con argumentos y pruebas. Esa vinculación no arruina lo que algunos denominan, no sé si coloquialmente, el "factor sorpresa", que en cambio sí puede ser determinante en otro tipo de medidas cautelares, pero no en las de cese sobre las que estamos conversando ustedes y yo en esta columna.

La única razón para no escuchar la contempla el propio artículo 31 que permite el decreto de la medida cautelar, en esas condiciones, cuando existe un peligro grave e inminente. Y no podría ser de otra manera, ya que frente a un peligro que no admita espera se vuelve imperante la necesidad de tomar de una decisión sin conocer previamente la versión de la parte contraria.

En la vida, como en el proceso de competencia desleal, una cosa es no escuchar porque las circunstancias lo ameritan y otra es que quien juzgue sea un juez sordo porque nunca se permite escuchar. Lo primero puede ocurrir, lo segundo no lo deberíamos siquiera imaginar.

15. Medidas cautelares:

EL JUEZ QUE ESCUCHA: ¿EL JUEZ QUÉ ESCUCHA?

(Columna de 15 de mayo de 2022)

Hoy ha estado sonando en mi cabeza: “De qué callada manera”. A lo mejor la emoción que se despierta dentro de nosotros cuando recordamos una buena canción fue la que me empujó hasta el computador para escribir esta columna aun cuando el tema de aquella obra nada tiene que ver con las medidas cautelares de las que hoy pienso hablar. Mi invitación en esta ocasión no es sólo a que se tomen aquel acostumbrado café, sino a que lo acompañen de la versión hecha por Pablo Milanés.

He decidido no abandonar aún el tema de las medidas cautelares sobre el que algo hablamos en la columna “El juez sordo”. Hoy quiero centrarme en aquellos elementos fundamentales para que el juez decrete medidas cautelares en procesos de competencia desleal. Aquello sobre lo que el juez necesariamente debe escuchar. Escucharlo ya sea de la parte demandante, ya sea también de la demandada, según sea el caso, antes de tomar su decisión.

En mi opinión hay tres cosas que siempre se tienen que verificar para que pueda decretarse una medida cautelar que esté encaminada al cese de conductas desleales en el mercado.

La primera es la legitimación: Esta se verifica a partir del cumplimiento de dos requisitos: 1. la participación o la intención de participar en el mercado y 2. la amenaza o vulneración de los intereses económicos debido al acto de competencia desleal. El primero puede corroborarse, por ejemplo, con pruebas que muestren el ofrecimiento o la comercialización de productos o servicios, como material publicitario o facturas. Sobre el segundo puede concluirse, por ejemplo, a partir de la reducción de las ventas de la víctima del acto desleal, o por el sólo hecho de estar expuesta a la posibilidad de que se generen esas pérdidas si la conducta continúa ejecutándose en el tiempo.

Aunque la anterior es la regla general de legitimación, existen también unas legitimaciones especiales que aparecen en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, como la que tienen las asociaciones gremiales, las asociaciones que tienen por finalidad la protección del consumidor o la del Procurador General de la Nación cuando se afecta gravemente el interés público. Estas últimas, que desafortunadamente han sido de poco uso en Colombia, tienen algo que las hace ser muy especiales, y es el hecho de que son una muestra más de que nuestro actual régimen de competencia desleal fue pensado para la protección de diversos intereses: la triada de intereses.

Aquella sobre la que ya tuvimos oportunidad de dialogar en la columna llamada "Triada. Aquello que sobre el régimen de competencia desleal no podemos ignorar".

La segunda es la apariencia de buen derecho: Cuando se busca el cese de un comportamiento desleal no basta afirmar ante el juez que se está cometiendo la conducta. Es necesario aportar las pruebas que permitan verificarlo. Sin embargo, por tratarse de la etapa cautelar, esa verificación no la hace el juez para alcanzar certeza sobre la comisión de la conducta. En esta etapa basta la verosimilitud o, dicho de otro modo, lo que debe tener el juez en cuenta es la apariencia.

Pensemos en un empresario que se está viendo afectado debido a un comercial difundido por su principal competidor en el cual se compara su producto estrella con el que recientemente dicho competidor lanzó al mercado. Esto, aunque en principio estaría permitido, se hizo utilizando información falsa. En este caso, si lo que el empresario afectado busca es el cese de la difusión del comercial, valiéndose de una medida cautelar, debe presentar al juez las pruebas de la difusión por parte de su competidor para que el funcionario pueda verificar el contenido. Adicionalmente, debe demostrar que la información difundida no corresponde con la realidad y por tanto es reprochable por tratarse de una comparación desleal. Por supuesto que durante el proceso se debatirá con profundidad sobre la comparación hecha en el comercial y posiblemente otras pruebas serán recaudadas para que, mediante sentencia, se tome una decisión definitiva, pero eso no significa que en la etapa cautelar las medidas se decreten sin pruebas: como si el juez no tuviera nada que escuchar. Las pruebas deben aportarse, pero el juez sólo tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho que se genere a partir de ellas.

La tercera es el peligro por la demora: Aunque suene extenso, los procesos que en Colombia se rigen por el Código General del Proceso tienen un término de duración de un año que es prorrogable hasta por seis meses más. Esa demora, normal y razonable, puede empeorar la situación del afectado con el acto de competencia desleal. Por ello, al momento de decidir sobre la medida cautelar, el juez debe analizar si el tiempo que transcurre hasta la sentencia puede empeorar la situación del demandante y por ello existe la necesidad de adoptar una decisión provisional que lo proteja mientras se recorre el camino hasta la decisión definitiva.

En el ejemplo del comercial en el que se hace la comparación pueden ustedes concluir con claridad que, de no decretarse la medida cautelar, la información falsa va a continuar circulando entre los consumidores con la capacidad de generar en ellos efectos negativos como podría ser el de lograr que se abstengan de adquirir los productos del empresario demandante. Tal circunstancia, sin duda, hace necesario el decreto de la medida.

Como pueden verlo, antes de decretar una medida cautelar encaminada al cese de conductas desleales, son varias las cosas que el juez debe analizar. En esta columna he planteado tres que considero fundamentales especialmente para mostrar a ustedes, apreciadas (os) lectoras (es), que el decreto de estas medidas requiere un análisis juicioso de parte del funcionario. Ese análisis, creo yo, comienza por saber escuchar las voces dentro del trámite que hablan sobre el cumplimiento o no de los requisitos que aquí he destacado.

15. Medidas cautelares:

SIN LUGAR PARA LOS PIES

(Columna de 8 de octubre de 2022)

Sigo aprovechando este espacio de opinión, y de café mañanero en compañía de ustedes, para plantear algunas discusiones que puedan resultar útiles ahora que se están estudiando posibles reformas al Código General del Proceso (CGP). Aunque no puedo asegurar que en las siguientes columnas continuaré haciendo ese mismo ejercicio. Quizá sea buena idea hacerlo, pero la verdad es que en ocasiones cambio el tema de la columna a última hora, pues pocas cosas disfruto tanto como la sensación de escribir sin ataduras.

Sin lugar para los pies se queda el juez que conoce de un asunto de competencia desleal o de infracción de derechos de propiedad industrial cuando llega el momento de fijar el monto de la caución para el decreto de una medida cautelar y se encuentra con una de estas dos situaciones: 1. se solicitaron las medidas cautelares, pero sin demanda; 2. se presentó la solicitud de medidas cautelares junto con la demanda, pero esta no tiene pretensiones indemnizatorias. En estos casos, el CGP parece haber dejado al juez sin piso.

Debido a que hoy comencé por lo que bien podría ser el final de esta columna, vamos un poco más atrás para recorrer de manera breve el camino que me llevó hasta lo que acabo de decir.

El artículo 590 CGP señala que, en el marco de procesos declarativos, desde la presentación de la demanda, el demandante puede solicitar al juez una serie de medidas cautelares. Dice también esta norma que, para que sea decretada la medida, el demandante debe prestar una caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda. Esto con el fin de responder por las costas y perjuicios derivados de la práctica de la medida.

Si esta no fuera una columna de opinión sino el expediente de algún proceso judicial y ustedes fueran los jueces, bastaría que revisaran las pretensiones de la demanda, verificaran a qué valor ascienden, y a esa cifra deberían calcularle el 20%. Ese resultado sería el monto de la caución que el demandante debería prestar si quisiera que ustedes, no lectores sino jueces, decretaran la medida cautelar. Lo que suena bastante sencillo de hacer en la práctica.

Sin embargo, en este específico punto parece no tener en cuenta el CGP que existen algunos procesos en los que es posible el decreto de medidas

cautelares de manera previa a la presentación de una demanda. Lo que significa que puede haber casos en los que se solicita una medida cautelar y no exista ninguna pretensión, pues es posible que para ese momento la demanda aun no haya sido presentada. Eso ocurre, por ejemplo, en los procesos de competencia desleal y en los de infracción de derechos de propiedad industrial, ya que las normas especiales que regulan estas materias ofrecen esa posibilidad¹⁹.

Parece haber olvidado también nuestro CGP que hay ocasiones en las que, pese a existir una demanda, no hay en ella una pretensión indemnizatoria, debido a que hay demandantes que solamente buscan el cese de un comportamiento. Eso suele ocurrir en estos procesos a los que me he referido. En ellos, en no pocas ocasiones, el demandante acude ante el juez para que el presunto infractor, por ejemplo, deje de usar una marca sin autorización, o para que el presunto actor desleal cese de ejecutar en el mercado comportamientos contrarios a la buena fe comercial, como cuando comercializa un producto engañando a los consumidores sobre sus verdaderos beneficios. De hecho, me atrevería a afirmar, aunque no tenga prueba de ello, que en los procesos de competencia desleal y de infracciones a la propiedad industrial es común que para el demandante sea más importante que el demandado deje de ejecutar el comportamiento que las normas reprochan, que el hecho mismo de recibir una indemnización. O puede ocurrir también que el demandante aun no haya sufrido un perjuicio, pero se encuentre ante la inminencia de sufrirlo, por lo que acude al proceso con una pretensión de cese y no con una pretensión indemnizatoria.

Vuelvan ahora a pensar que esto no es una columna de opinión sino un expediente de un proceso de competencia desleal o de infracción a la propiedad industrial, y que ustedes no son los buenos y fieles lectores que son, sino un juez de la república: ¿cómo calculan el 20% que corresponde a la caución que el demandante debe prestar para que se decrete la medida cautelar, si la solicitud presentada no está acompañada de una demanda y por tanto no hay ninguna pretensión, o si la demanda presentada no tiene pretensión indemnizatoria sino una pretensión de cese?. Yo no tengo la respuesta, pero eso es lo de menos. El problema es que el CGP, que sí debería, tampoco parece tenerla. De manera que en estos casos el juez se queda sin lugar para los pies. No tiene en donde pararse. No tiene un punto de partida desde el cual pueda calcular el monto de la caución necesaria para el decreto de una medida cautelar.

Lo curioso es que hace ya varios años que está en funcionamiento esta norma y me parece que hasta el momento no ha habido mucha discusión

.....
¹⁹ Al respecto se pueden consultar el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 y el 245 de la Decisión 486 de 2000.

en escenarios académicos o gran inconformidad con ella. Valdría la pena revisarla y, de ser esto relevante, discutirla y reformarla. No solo para facilitar la labor del juez, sino para ofrecer al cautelado una verdadera garantía frente a los perjuicios que le puede causar la práctica de una medida cautelar. Esperemos a ver si este tema pega en la comisión.

16. Pruebas extraprocesales:

LA INTERMINABLE NECESIDAD DE ACLARARLO TODO

(Columna de 17 de septiembre de 2022)

Hay temas en la ley que parecen ser tan claros que no necesitan precisiones o explicaciones adicionales. Pero, a decir verdad, por el camino uno encuentra que a veces hay tantas interpretaciones de las leyes como abogados decididos a interpretarlas existen. Debe ser que somos muy creativos o que, en definitiva, no siempre las normas son tan claras como uno cree.

La posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en ejercicio de funciones jurisdiccionales, practique pruebas extraprocesales, es algo que siempre me había parecido tan claro que nunca pensé que fuera uno de esos temas que requieren precisiones o explicaciones adicionales. Sin embargo, hay quienes aseguran que la posibilidad de que las practique no existe. Y aunque tengo serias dudas de que la ley en esto no sea clara, vendría bien que se abra el debate y de paso se aproveche la reciente iniciativa de reforma al Código General del Proceso (CGP) para que este punto se precise.

Quienes sostienen que la entidad no puede hacerlo se basan principalmente en el carácter excepcional y limitado a materias precisas que constitucionalmente²⁰ se estableció para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas, como lo es la SIC. De ahí que sostengan que si expresamente el CGP no le otorgó esa facultad lo que debe entenderse es que no la tiene, y lo cierto es que en el Código no aparece expresa, o al menos no lo está en el nivel que reclaman los partidarios de esta postura.

Estimadas (os) lectoras (es), no nos engañemos, el argumento suena convincente, y resulta de tal sencillez que casi podríamos abandonar aquí la discusión. Sin embargo, aprendí de la música del maestro santandereano Edson Velandia que toda gracia tiene su trampa²¹, así que es mejor que revisemos un poco más. La postura que les acabo de mencionar acierta en que las facultades jurisdiccionales de la SIC son excepcionales y limitadas a materias precisas. Con eso nadie pelea. Pero ¿realmente el CGP no dice que pueda practicar pruebas extraprocesales?: Yo no estoy tan seguro de eso.

²⁰ El inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia dice lo siguiente en el aparte pertinente para esta columna: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no le será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos".

²¹ La canción se llama "La cuña".

Les contaré ahora un argumento que respalda por qué puede hacerlo. Y esta explicación tiene que ser tan sencilla que termine siendo tan convincente como la otra postura. Ya ustedes decidirán cual tesis acogen, este es un ejercicio meramente reflexivo para que acompañen el tinto, o el americano, como le dicen en algunas cafeterías colombianas.

El artículo 24 CGP otorgó facultades jurisdiccionales a la SIC para conocer procesos de competencia desleal y de infracciones a la propiedad industrial²². Cuando la entidad ejerce esta facultad, es decir cuando actúa como juez, lo hace desplazando al juez civil del circuito, pues de acuerdo con el artículo 20 CGP es este quien inicialmente tiene asignado el conocimiento de esos asuntos. De manera que se trata de una competencia que comparten la SIC y los jueces civiles del circuito y dependerá de la elección del demandante cuál de los dos tipos de jueces conocerá el caso. Bajo esta competencia compartida no debe existir para el ciudadano ninguna diferencia en el contenido del servicio de justicia que recibe. Me explico: si, por ejemplo, un caso se está tramitando ante el juez civil del circuito y allí es procedente el recurso de reposición o de apelación frente a una decisión específica, esos mismos recursos deberían ser procedentes si el proceso se hubiera tramitado ante la SIC. Esa misma lógica debe operar en todo el trámite del proceso²³.

Es ahí, en ese fundamental aspecto, en donde la voz de quienes afirman que la SIC no puede practicar pruebas extraprocesales se encuentra con un argumento en contra. Uno que quizá permitiría abandonar la discusión.

Tanto en los asuntos de competencia desleal como en los de infracción de derechos de propiedad industrial es posible solicitar medidas cautelares antes de la presentación de la demanda, aspecto que expresamente contemplan la Ley 256 de 1996 y la Decisión 486 de 2000 que son las normas especiales que regulan estas materias. Por su parte, el artículo 589 CGP permite que, en el curso de una prueba extraprocesal, relacionada con estos mismos temas, se soliciten, decreten y practiquen medidas cautelares extraprocesales.

Si pensáramos como piensan quienes no están a favor de que la SIC practique pruebas extraprocesales, resultaría que los jueces civiles del circuito pueden practicar aquellas relacionadas con asuntos de competencia desleal y de infracciones a la propiedad industrial y en el marco de ellas decretar medidas cautelares. En cambio, la autoridad administrativa que el legislador consideró especializada en estos asuntos no podría decretar ese mismo tipo de medidas cautelares en el escenario

.....
²² También para las violaciones a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor, pero ese no es el tema de esta columna.

²³ El parágrafo tercero del artículo 24 CGP señala: "Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces".

de la práctica de una prueba extraprocesal bajo el argumento de que no puede practicar este tipo de pruebas.

Tal comprensión del CGP luce contraria a la regla de paridad que es pilar en el diseño de la función jurisdiccional que ejercen las autoridades administrativas. No hay razón, distinta a la lectura asistemática del CGP, para sostener una postura como esa. De ser así, todo terminaría en que los ciudadanos acudan a la jurisdicción en condiciones dispares, ya que, si alguno opta por acudir ante el juez civil, puede solicitarle pruebas extraprocesales, medidas cautelares en el marco de esas pruebas extraprocesales y finalmente presentar la demanda para que sea el juez civil quien decida su caso. Mientras que otro ciudadano que prefiera la administración de justicia que ofrece la SIC estaría obligado a agotar el trámite extraprocesal ante el juez civil del circuito y después acudir ante la entidad administrativa para presentar la demanda, muy a pesar de que hubiera preferido que su caso, desde el más primigenio trámite, hubiera sido conocido por la autoridad especializada.

Fíjense ustedes que, aunque el CGP no dice algo como: “la Superintendencia de Industria y Comercio podrá practicar pruebas extraprocesales relacionadas con los asuntos de su competencia”, a lo mejor no era necesario decirlo si tenemos en cuenta cómo fue diseñada la función jurisdiccional de las autoridades administrativas, especialmente en los asuntos relativos a la competencia desleal y las infracciones a la propiedad industrial.

A veces parece interminable la necesidad de aclararlo todo. Sin embargo, es sano hacerlo en ocasiones para terminar una discusión y, especialmente, en este caso, para generar seguridad en los usuarios del servicio de justicia. Ojalá que el debate, si es realmente relevante, llegue a los encargados de reformar el CGP para que decidan en uno u otro sentido.

16. Pruebas extraprocesales:

NO ES MALA IDEA PRUEBAS EXTRAPROCESALES EN PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

(Columna de 22 de junio de 2024)

Suele ocurrir que cuando hay cambios en las personas que dirigen las entidades públicas, llegan también los cambios en las posturas sobre los diferentes temas que esas entidades tienen a cargo. A veces esos cambios de postura llegan para bien. Otras no tanto.

De cualquier forma, no es mala idea que en ocasiones se modifiquen viejas posturas. Tampoco es mala idea retomar planteamientos anteriores sobre temas que, a lo mejor, estaban correctamente entendidos y que, por ello, no han debido cambiarse.

De ese tipo de situaciones no ha escapado la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), especialmente su Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales²⁴, en donde algunas posturas relacionadas con el trámite de procesos judiciales de competencia desleal y de infracciones a la propiedad industrial fueron modificadas durante el 2023. Varias de ellas no las comparto, no solo por los problemas que generan en la práctica, sino porque teóricamente considero que están mal planteadas. En esta columna quiero referirme solamente al caso de la práctica de pruebas extraprocesales.

En un Auto de 9 de mayo de 2023²⁵, la SIC señaló que no compartía la tradicional postura sobre el decreto de pruebas extraprocesales, pues, según dijo, al analizar su procedencia debía tenerse en cuenta la necesidad y finalidad de la prueba extraprocesal. Explicó que en este tipo de trámites es importante dilucidar si la prueba requerida es necesaria para asegurar un medio de prueba que, debido al paso del tiempo, o por otras circunstancias, puede perderse, destruirse o modificarse.

Aunque lo dicho por la SIC no suena descabellado, pienso que se equivoca al exigir un requisito de “necesidad” que no existe. Y esto no lo digo solamente porque el Código General del Proceso (CGP) no haya establecido tal cosa, sino porque en materia de competencia desleal y de infracciones a la propiedad industrial, la conservación del medio de prueba por su inminente pérdida o destrucción, no es la única razón por la que una persona se vería, ahora sí, en la necesidad, de practicar una prueba de manera previa a iniciar un proceso.

.....
²⁴ Esta es el área de la entidad en donde se ejerce función jurisdiccional en procesos de competencia desleal, infracciones a la propiedad industrial, y en los asuntos que tienen que ver con la violación a los derechos de los consumidores

²⁵ Auto No. 51128.

Hay otra importante razón. Tiene que ver con la configuración misma de algunas de las conductas que se reprochan en estos ámbitos. Pensemos por ejemplo en que el titular de un secreto empresarial que tiene que ver con el procedimiento de fabricación de un específico producto, sospecha de una fuga de información y que debido a ello alguien ha estado utilizando el procedimiento secreto sin autorización, lo cual, por supuesto, ejecuta “a puerta cerrada”. Otro caso que ahora mismo viene a mi cabeza, es aquel en el que alguien se dedica a fabricar, sin autorización, etiquetas que contienen una marca ajena.

El primer caso podría juzgarse bajo un proceso de competencia desleal por violación de secretos. El segundo, por una infracción de derechos de propiedad industrial. Tienen en común que ambos casos pueden implicar, para quien pretenda demandar, que sea necesario averiguar primero si se están presentando estas situaciones, pues lo cierto es que podrían existir apenas meras sospechas, difíciles de corroborar, si tenemos en cuenta que las conductas se ejecutan en escenarios que no son públicos y que, por tanto, son difíciles de documentar para llevar a un proceso.

En escenarios como estos, y en muchos otros que nos llevarían horas y tazas de café de conversación, es de gran utilidad la práctica de pruebas extraprocesales. Y no lo es para conservar pruebas que estén en riesgo de desaparecer, sino para que el demandante pueda investigar primero si se está cometiendo o no una conducta contraria a la ley y, sobre esa base, decida si tiene razones para la presentación de una demanda.

A esto podemos agregar que el proceso del CGP no es de tipo “averiguatorio” sino confirmatorio. De tal suerte que el afectado con un acto de competencia desleal o con una infracción de derechos de propiedad industrial, antes de radicar su demanda, debe indagar sobre los hechos que la han de soportar, y no presentar una demanda para que durante el proceso se entere si los hechos ocurrieron o no. Esto evita la presentación de demandas innecesarias que solamente contribuyen de manera negativa con el ya congestionado sistema de justicia.

Los que mencioné son solamente un par de argumentos que, desde mi punto de vista, justifican que se reevalúe la actual postura de la SIC y se retome aquella que por mucho tiempo imperó, bajo la cual no se exigía el inexistente requisito de “necesidad”. Estoy seguro que ustedes, apreciadas y apreciados lectores, mientras leían esta columna, pensaron en otros tantos argumentos.

²⁶ En dichos términos se hace la referencia en sentencia de 13 de septiembre de 2023 proferida por la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, cuya lectura recomiendo.

ESTRELLA &
SANDOVAL
Abogados

www.estrellaysandoval.com

Derecho
Debates &
Personas

www.revistaderecho.com.co