

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-167339- -00001-0000	Fecha: 2015-08-31 17:29:39
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
JANETH MONTEZUMA ROJAS
travesuraswinny@gmail.com

Asunto: Radicación: 15-167339- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señora:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad, la peticionaria ha señalado que tiene un jardín infantil en un conjunto residencial, y que una de sus vecinas ha difundido información falsa sobre este jardín infantil. Una de sus quejas más recurrentes se refiere al ruido que se produce en el establecimiento. Por lo anterior, ha planteado la siguiente inquietud:

"Mi consulta va dirigida a saber si para el presente caso es aplicable lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 256 de 1996, relativo a los actos de descrédito. Adicionalmente, deseo saber si ella puede ser sujeto pasivo de la acción aunque la actividad económica a la que se dedica es totalmente diferente a la que yo desempeño. Mi pregunta surge porque a ley en su artículo 22 habla de que podrá ser sujeto pasivo cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

"En caso de no ser aplicable lo dispuesto por la mencionada normatividad, ¿sería posible que se me informe a qué acciones judiciales debo acudir para cesar los actos de descrédito?"

Con un concepto no es posible que esta Entidad se pronuncie sobre situaciones particulares, pues esto iría en contra de la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional explicó, en su Sentencia C-542 de 2005:

"Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no".

Así, le daremos elementos conceptuales que le permitirán solucionar su inquietud, en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

2. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Según el Decreto 1074 de 2015, le corresponde a esta Superintendencia:

"ARTÍCULO 1.2.1.2. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Salvaguarda los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales."

Adicionalmente, las facultades jurisdiccionales que en materia de propiedad industrial se han conferido a esta Superintendencia, están contenidas en el Código General del Proceso, que indica en su artículo 24:

"ARTÍCULO 24. CGP.- Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

"1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

"a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

"b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal.

"[...]"

"3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual:

"a) La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial. [...]"

3. COMPETENCIA DESLEAL

3.1 CONCEPTO

A la hora de actuar en el mercado los participantes del mismo deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe. Dicho principio se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad, e implica que tanto particulares como autoridades públicas deben ajustar sus comportamientos "a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)".[Corte Constitucional. Sentencia 1194 de 2008.]

Es por esto que se considera 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." [Ley 256 de 1996, artículo 7.]

A la hora de definir qué es un acto de competencia desleal, la Corte Constitucional ha explicado:

"Se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, siempre que se haga

mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas. De ahí que, estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado.”[Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2013.]

Como se puede ver, la competencia desleal no sanciona el interés por obtener mayores ingresos o por buscar incidir en la decisión de la clientela, por ser éstos fines legítimos en un mercado competitivo. Lo que se sanciona es la utilización de medios indebidos para competir, que distorsionen la realidad del mercado y generen perjuicios injustificados a quienes los sufren. En relación con la noción de lealtad, esta superintendencia ha explicado:

“La noción de lealtad encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de lealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 1958, que actuar lealmente es obrar honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

“Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7° de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo, algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado”. [SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006), Sentencia No. 003]

3.2 PRESUPUESTOS PARA QUE UNA CONDUCTA SEA CONSTITUTIVA DE COMPETENCIA DESLEAL

Para que se aplique la Ley 256 de 1996, de competencia desleal, se deben reunir tres (3) requisitos:

- a) Las conductas deben realizarse en el mercado, y con fines concurrenciales. A esto se le conoce como el “ámbito objetivo de aplicación”, e implica que la conducta debe tener la finalidad de (o debe ser idónea para) aumentar la cartera de clientes de quien la comete o de un tercero.
- b) De conformidad con el artículo 3 de la Ley 256 de 1996, este cuerpo normativo aplica “tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.” Lo anterior no implica que deba haber una relación de competencia entre los sujetos activos y pasivos del acto de competencia desleal.
- c) De conformidad con el ámbito territorial de aplicación de la Ley 256 de 1996, consagrado en su artículo 4, “los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

3.3 ELEMENTO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

Para que un acto se pueda considerar como violatorio de las normas sobre competencia desleal, no sólo debe encuadrar en una de las conductas descritas en el Capítulo 2 de la Ley 256 de 1996, sino que, además, se debe realizar con fines concurrenciales dentro del mercado. Estudiemos en qué consisten estos requisitos:

3.3.1 QUE LA CONDUCTA SE EJECUTE EN EL MERCADO

Para que un acto sea constitutivo de competencia desleal, sus efectos principales deben tener lugar en el mercado colombiano, de conformidad con el artículo 4° de la Ley de Competencia Desleal. Leopoldo José Porfirio Carpio ha explicado que se entiende por lo anterior:

"[P]or actuación en el mercado ha de inferirse cualquier actividad con trascendencia real o potencial en las relaciones económicas y en la adopción de decisiones de los agentes económicos" [Leopoldo José Porfirio Carpio. "La Discriminación de Consumidores como Acto de Competencia Desleal". Pamplona, España: Editorial Aranzadi S.A., 1994, pgs 143-144]

El mercado, entonces, es el escenario donde los comportamientos económicos adquieren su relevancia. Dionisio de la Cruz ha explicado, al respecto:

"El mercado no puede ser considerado simplemente como el espacio físico en el cual se realizan transacciones, sino, más bien, como el espacio jurídico en el cual cada empresario que busca atraer clientela para sus productos o servicios realiza las ofertas que conducen a la celebración de negocios jurídicos, acudiendo a diversos instrumentos para tal efecto." [Dionisio Manuel de la Cruz Camargo. "La Competencia Desleal en Colombia, un Estudio Sustantivo de la Ley". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pg 21]

3.3.2 LA CONDUCTA DEBE TENER FINES CONCURRENCIALES

El artículo 2° de la Ley 256 de 1996 dispone:

"ARTÍCULO 2o. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

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

Dionisio de la Cruz ha explicado, al respecto:

"Luego de exponer que no es pacífica la discusión en la jurisprudencia española de si la

finalidad concurrencial constituye un requisito de orden subjetivo, García Pérez considera que

"finalidad concurrencial no significa idoneidad objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, sino que el acto tenga por finalidad promover o asegurar dicha difusión. Lo que sucede es que cuando existe lo primero, lo segundo se presume; es decir, cuando el acto es objetivamente idóneo para promover o asegurar las prestaciones propias o de un tercer se presume que el acto tiene esa finalidad, pero la presunción puede destruirse."

"No obstante lo anterior, la exigencia subjetiva se encuentra matizada por el hecho que dicha intención es prácticamente imposible de desvirtuar cuando nos encontramos ante un acto de mercado que se tipifica en uno de los comportamiento considerados como desleal. En este sentido, en la práctica es un requisito objetivo." [Dionisio Manuel de la Cruz Camargo. "La Competencia Desleal en Colombia, un Estudio Sustantivo de la Ley". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pg 24]

En este mismo sentido, Jorge Jaeckel ha afirmado:

"El inciso final del artículo 2º contiene una presunción legal, que si bien es desvirtuable, obliga a que quien realice o vaya a realizar el comportamiento desleal, demuestre que su actuación, a pesar de ser objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero, no tiene fines concurrenciales."

"[...] En consecuencia, una conducta tendrá fines concurrenciales cuando le proporciona al sujeto que la comete la posibilidad de participar o intervenir en el mercado, lo cual presume la ley que se produce cuando tal actuación es objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero." [Jorge Jaeckel, "Apuntes sobre Competencia Desleal". Disponible en: <http://centrocedec.org/academico/>]

Esta Superintendencia ha entendido que la finalidad concurrencial no sólo se da cuando se pretenda "mantener" o "incrementar" la clientela de un determinado agente, sino, en ciertos casos, cuando busque "adquirirla". Esta Superintendencia ha afirmado, al respecto:

"En ese sentido, la petición de registro marcario refleja un ánimo concurrencial al constituir un de los primeros pasos que generalmente toman las personas interesadas en 'adquirir' una clientela para los productos o servicios con que planean incursionar en el mercado, pues es apenas razonable que primero deseen consolidar, a través del registro, la protección legal de los signos distintivos que van a identificarlos y por los cuales se espera sean reconocidos y adquiridos por el público consumidor." [Sentencia SIC, 6 de agosto de 2006]

El acto se podría realizar en beneficio propio o de un tercero.

Así, un participante en el mercado realiza actos de competencia cuando éstos están encaminados a captar o mantener una clientela en el mercado. Contrario sensu, no se encontrará ejecutando actos de competencia cuando "la finalidad de su conducta no está dirigida a atraer una clientela sino a cumplir un deber o una obligación propia de la

actividad económica que desempeña"[Dionisio Manuel de la Cruz Camargo. "La Competencia Desleal en Colombia, un Estudio Sustantivo de la Ley". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pg 25]. Así, un acto no se podrá considerar como uno de competencia desleal si busca proteger el medio ambiente, el bienestar del consumidor, la libertad religiosa, la libertad de opinión u otras finalidades de esta índole.

La conducta por usted narrada, en los términos de su consulta, no reuniría los requisitos del elemento objetivo de los actos de competencia desleal.

3.4 ACTOS DE ENGAÑO Y DESCRÉDITO

Como se ha visto, un acto que reúna los requisitos previstos en la Ley 256 de 1996 referentes a los ámbitos objetivos, subjetivos y territoriales de aplicación, podrá ser considerado como desleal. Específicamente, los actos de engaño y descrédito se prohíben de conformidad con los artículos 11 y 12 de la Ley 256 de 1996:

"ARTÍCULO 11. ACTOS DE ENGAÑO. LEY 256 DE 1996.- En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

"Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

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

Con lo anterior, se puede ver que se presume la deslealtad:

- a) Cuando un agente utiliza afirmaciones incorrectas o falsas, o cuando omite afirmaciones verdaderas sobre bienes o servicios ajenos;
- b) Cuando se induce a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de otro;
- c) Cuando se induzca, de cualquier manera, a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos propios o ajenos.

Estas conductas son de peligro, por lo que basta que tengan la potencialidad de inducir a

error a posibles compradores del producto. Se tutela, con los artículos citados, la libre elección de los consumidores, quienes deben poder tomar sus decisiones basándose en información verdadera y formar sus preferencias conforme al principio de competencia por méritos. Es por esto que, si la afirmación realizada es exacta, verdadera y pertinente, la conducta se considera legal y leal. Es exacta la información que corresponde a la realidad; verdadera, la que da una representación fiel de dicha realidad, y pertinente la que considera la naturaleza y características de las actividades y prestaciones.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Natalia Fernández
Revisó: William A. Burgos
Aprobó: William A. Burgos