

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-171068- -00003-0000	Fecha: 2015-09-08 17:14:34
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Doctor
MAURICIO ALARCON BETANCUR
mauricioalarconb@hotmail.com

Asunto: Radicación: 15-171068- -00003-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Doctor:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad, se dará elementos conceptuales para contestar las siguientes preguntas:

- "¿Esas campañas que parten de la cotización de una empresa competidora y que usan ese precio anunciado para ofertarle al cliente un beneficio en la reducción del precio si lo adquieren, incurrir en algún acto de competencia desleal?"
- "¿La práctica descrita está enmarcada en las sanas costumbres mercantiles o en los usos honestos en materia industrial o comercial?"

2. COMPETENCIA DESLEAL

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 [...] 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]

Para que se aplique la Ley 256 de 1996, de competencia desleal, se debe 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 a quienes participen en el mercado. 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 artículo 4 de la Ley 256 de 1996, que consagra el ámbito territorial de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, “los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

3. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA

De conformidad con el artículo 8 de la ya mencionada Ley 256:

“ARTÍCULO 8. LEY 256 DE 1996.- 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.”

El hecho de que un agente del mercado busque que los clientes de su competidor decidan adquirir sus bienes o servicios, no implica necesariamente que esté actuando de manera desleal. El llamado “redireccionamiento de la clientela” o “nueva captura”, de hecho, es uno de los fines de cualquier oferente en un mercado competitivo; por eso, en este tipo de mercados, se ofrece bienes de mejores calidades a menores precios. La clientela no es apropiable, sino que está en constante movimiento de un oferente a otro. En la Sentencia C-992 de 2006, la Corte Constitucional señaló:

"La Corte ha entendido de manera reiterada que la libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado [...]. Igualmente ha recordado que el “elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades, b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”[...]

Son los mecanismos con los que se busca desviar la clientela los que se podrían considerar como desleales. Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá ha señalado:

“[...] no existe ilicitud en la conducta dirigida a la captación de clientes: sin embargo, no es aceptable que ella emerja de un claro aprovechamiento del esfuerzo ajeno, o se imponen trabas al competidor con el efecto inmediato de provocar la pérdida de la clientela o en otros casos, cuando la atención del cliente se captura estando vinculado a la organización que se abandona. [...]

“[Ello] es así, porque si bien la clientela supone un importantísimo valor económico, aunque intangible, no existe un derecho del empresario a la misma, por lo que cualquier otro agente u operador en el mercado puede utilizar todos los mecanismos de esfuerzo y eficiencia para arrebatar la clientela al competidor y ello tiene pleno apoyo constitucional, en la libre iniciativa y libertad de empresa, que caracteriza el sistema económico en el mercado. Pero el mecanismo por el que se arrebata la clientela del competidor ha de ser correcto, lícito, en definitiva, “no desleal” y hay deslealtad cuando se capta la clientela por medios que distorsionan los buenos usos y prácticas del mercado.”[Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala civil. 27 de agosto de 2013. Proceso abreviado de competencia desleal. Demandante: Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda. Demandado: Carlos Olarte y Olarte, Raisbeck & Frieri Ltda.]

Acorde con lo que se ha señalado, la desviación de la clientela recoge aquellos comportamientos contrarios a lo que se espera de un partícipe en el mercado que, siendo objetivamente dirigidos a desviar la clientela (sea para provecho propio o de un tercero -incluso, indeterminado-), resulten siendo contrarios a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Para efectos de acreditar la ocurrencia de este acto desleal, según se ha señalado en varias oportunidades en sentencias de esta Superintendencia, es indispensable demostrar:

- a) que la clientela de un determinado productor (A) se haya abstenido, efectiva o potencialmente, de adquirir sus productos, para luego obtener los comercializados por quien haya ejecutado la conducta desleal (B) y;
- b) que lo anterior se hubiese logrado de manera contraria al principio de la buena fe comercial, esto es, que B, contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen preferido la oferta mercantil de A.

Así, las empresas, naturalmente, buscarán competir con aspectos como sus precios, la calidad de sus productos, entre otros. No es posible sancionar a una compañía que compita siguiendo aquellos parámetros que, en un escenario de libre competencia, son legítimos.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

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