

**COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE  
LOS ACTOS DE CONFUSIÓN E IMITACIÓN**

DIANA CAROLINA VEGA GARCIA  
RUBY KATHERINE ARIZA ACELA

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
BUCARAMANGA  
2015**

**COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE  
LOS ACTOS DE CONFUSIÓN E IMITACIÓN**

**DIANA CAROLINA VEGA GARCIA  
RUBY KATHERINE ARIZA ACELA**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de  
Abogado**

**Director  
PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA  
Asesor Metodológico  
JULIÁN EDUARDO PRADA URIBE**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
BUCARAMANGA  
2015**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

**Firma del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

**Bucaramanga, Febrero de 2015**

Agradezco a mis padres quienes indudablemente han sido mi apoyo incondicional en esta etapa de formación profesional y por cuyo amor y soporte he podido completarla.

A a mis hermanas y a mis sobrinos por ser fuente de inspiración.

A mi compañera de tesis, mi amiga incondicional, Katherine, por su excelente contribución en el desarrollo de este trabajo, sin ella tampoco hubiese sido posible. Indudablemente un agradecimiento especial a nuestro director de tesis, Pablo Andrés Delgado Peña, por su disposición para ayudarnos siempre y solucionar las inquietudes siempre a tiempo.

A nuestro asesor metodológico, Julián Eduardo Prada Uribe, por sus enseñanzas.

Y a todos aquellos que hicieron parte en este camino, gracias.

Diana Carolina Vega García

Agradezco a mis padres y hermana quienes me acompañaron en cada paso de mi formación.

A Diana, que no sólo es una estupenda compañera de tesis, sino que también es una gran amiga.

A nuestro director de tesis, Pablo Andrés Delgado Peña y a nuestro asesor metodológico, Julián Prada Uribe, por su esfuerzo, orientación y apoyo durante todo este proceso.

A mi Universidad por darme la formación que será mi baluarte e inicio profesional.

Ruby Katherine Ariza Acela

## **RESUMEN GENERAL**

**TÍTULO:** LINEA JURISPRUDENCIAL DE COMPETENCIA DESLEAL

**AUTOR(ES):** DIANA CAROLINA VEGA GARCIA  
RUBY KATHERINE ARIZA ACELA

**FACULTAD:** DERECHO

**DIRECTORES:** PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA

**ASESOR METODOLÓGICO:** JULIÁN EDUARDO PRADA URIBE

## **RESUMEN**

Este proyecto consiste en la elaboración de un trabajo de competencia desleal, el cual contendrá un estudio de la Ley 256 de 1996 y de las conductas que en ella se consideran desleales. Se hará énfasis especial en las conductas de imitación y confusión, para lo cual se realizará una línea jurisprudencial que busca diferenciar dichas conductas, las cuales en la práctica, suelen confundirse.

**PALABRAS CLAVES:** Competencia desleal, conductas, confusión, imitación, diferencia, jurisprudencia, línea.

## GLOSARIO

**Acción declarativa y de condena:** invocada por el afectado de los actos de competencia desleal. Con ella podrá lograr la declaración judicial de la ilegalidad de los actos realizados; esta declaración supondrá la remoción de los efectos producidos por dichos actos y también la indemnización de los perjuicios causados al accionante.

**Acción preventiva o de prohibición:** esta acción podrá ser invocada por la persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal. Con ella, le podrá solicitar al juez que evite la realización de esa conducta que se cree desleal como prevención.

**Cartel:** Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial<sup>1</sup>.

**Clausula de prohibición:** en la Ley 256 de 1996 se prohíben todos aquellos actos que sean desleales. Todos los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

**Concurrencia:** rivalidad que se suscita entre dos o más productores que desean dar salida a artículos de la misma clase, o entre varios consumidores que pretenden obtener productos de igual especie<sup>2</sup>.

**Confusión:** la ley considera que será desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, crear confusión sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos.

**Comparación:** acciones de comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando aquellas comparaciones usen indicaciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas.

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 2ª edición

<sup>2</sup> PIERNAS HURTADO, José Manuel. Vocabulario de la Economía. Edición virtual. [en línea] <http://www.e-torredebabel.com/Economia/diccionario-economia/competencia-concurrencia-V-E.htm> [citado en 26 de Enero de 2015]

**Competencia:** Contexto en el cual el competidor busca fomentar su actividad en detrimento de otros miembros de la competencia<sup>3</sup>.

**Competencia desleal:** será desleal toda conducta que resulte contraria a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial o cuando éste acto busque afectar la libertad de decisión del consumidor.

**Derecho a la libre competencia:** garantía constitucional que se encuentra en cabeza de todos los ciudadanos. Se encuentra limitado por la ley.

**Descrédito:** será desleal toda acción 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.<sup>4</sup>

**Desorganización:** será desleal todo actuar que busque desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

**Desviación de clientela:** será desleal toda conducta que tenga como objeto o efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos; siempre que sus fines contraríen a las sanas y honestas costumbres en materia industrial o comercial.

**Engaño:** toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.<sup>5</sup>

**Explotación de la reputación ajena:** es desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas adquiridas por otro en el mercado.

**Imitación:** no será desleal la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas; será reprochable la imitación de ellas cuando se encuentren amparadas por la ley.<sup>6</sup>

**Inducción a la ruptura contractual:** será desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales

---

<sup>3</sup> FRISCH PHILLIP, Walter. Competencia Desleal segunda edición. Volumen II. México D.F 1999. Oxford University Press. Pág. 2

<sup>4</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 12

<sup>5</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 11

<sup>6</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 14 inciso 2º.

básicos que han contraído con los competidores.

**Legitimación activa:** las acciones previstas en la ley podrán ser instauradas por cualquier persona cuyos intereses económicos hayan sido perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal.

**Legitimación pasiva:** Las acciones previstas en el artículo 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

**Línea jurisprudencial:** La línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal.<sup>7</sup>

**Monopolio:** [...] El monopolio es toda restricción de la oferta o la demanda, todo obstáculo que impide o detiene la libre concurrencia en el mercado [...]<sup>8</sup>

**Pactos desleales de exclusividad:** serán desleales las cláusulas contractuales que tengan como objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

**Prescripción:** 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.<sup>9</sup>

**Prestaciones mercantiles:** actos que se constituyen para el cumplimiento de un deber jurídico relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria.

---

<sup>7</sup> LÓPEZ MEDINA, DIEGO. El Derecho de los Jueces. Ed. Legis. Bogotá, Colombia. Año 2000. Pág. 56.

<sup>8</sup> PIERNAS HURTADO, José Manuel. Vocabulario de la Economía. Edición virtual. [en línea] <http://www.e-torredebabel.com/Economia/diccionario-economia/competencia-concurrencia-V-E.htm> [citado en 26 de Enero de 2015]

<sup>9</sup> Ley 256 de 1998. Artículo 23.

**Propiedad Industrial:** Conjunto de derechos que facultan a su titular para explotar económicamente creaciones intelectuales útiles e impedir su uso por parte de terceros no autorizados.<sup>10</sup>

**Derecho de autor:** Es el conjunto de normas que buscan proteger las obras de los autores y a ellos mismos facultándolos de control en lo relativo al uso y explotación de sus obras.

**Sentencia hito:** es aquella en la que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea.<sup>11</sup>

**Violación de normas:** ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.

**Violación de secretos:** 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.

**Buena fe mercantil:** se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.

**Trade Dress:** Es la suma de elementos decorativos y de presentación que identifican un producto o establecimiento y que por su presentación generan una percepción distintiva en la mente del consumidor.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Metke, R. (2012) *Desarrollos de la Propiedad Industrial en Colombia*. Recuperado en: [http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/congreso\\_derecho\\_financiero\\_2012/Tab5/Ricardo%20Metke.pdf](http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Eventos/eventos/congreso_derecho_financiero_2012/Tab5/Ricardo%20Metke.pdf)

<sup>11</sup> López, D. (2002). "El Derecho de los Jueces". Bogotá, Colombia. Editorial Legis. Pág. 68

<sup>12</sup> Tobón, N. (no date). *La protección del Trade Dress de los establecimientos de comercio en Colombia*. Recuperado de:

[http://www.nataliatobon.com/aym\\_images/files/articulos/La\\_proteccion\\_del\\_Trade\\_Dress\\_de\\_los\\_Establecimientos\\_de\\_Comercio\\_en\\_Colombia-Natalia\\_Tobon.pdf](http://www.nataliatobon.com/aym_images/files/articulos/La_proteccion_del_Trade_Dress_de_los_Establecimientos_de_Comercio_en_Colombia-Natalia_Tobon.pdf)

## TABLA DE CONTENIDO

Pág.

<b>INTRODUCCION.....</b>	<b>13</b>
<b>ANTECEDENTES LEGALES.....</b>	<b>15</b>
<b>LEY 155 DE 1959 .....</b>	<b>18</b>
<b>DECRETO 1302 DE 1964.....</b>	<b>21</b>
<b>DECRETO 2153 DE 1992.....</b>	<b>23</b>
<b>LEY 256 DE 1996 .....</b>	<b>25</b>
<b>CONTEXTUALIZACION HISTORICA.....</b>	<b>29</b>
<b>DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL.....</b>	<b>38</b>
<b>EL PROCEDIMIENTO .....</b>	<b>54</b>
<b>1. Presupuestos básicos.....</b>	<b>55</b>
<b>2. Acciones Administrativas.....</b>	<b>58</b>
<b>3. Acciones judiciales: .....</b>	<b>62</b>
<b>4. Medidas Cautelares .....</b>	<b>66</b>
<b>5. Las Pruebas.....</b>	<b>72</b>
<b>LA CONFUSIÓN .....</b>	<b>82</b>
<b>1. Clasificación .....</b>	<b>85</b>
<b>2. Cotejo Marcario.....</b>	<b>90</b>
<b>LINEA JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>92</b>
<b>FUNDAMENTACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>138</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>140</b>

## LISTA DE GRAFICAS

Gráfica 1 Procedimiento Administrativo de Competencia Desleal .....	61
Gráfica 2 Línea Jurisprudencial de Confusión e Imitación. ....	92
Gráfica 3 Línea Jurisprudencial del acto desleal de Confusión .....	94
Gráfica 4 Línea Jurisprudencial sobre el acto de Imitación.....	95
Gráfica 5 Convenciones para ser aplicadas a todas las líneas.....	95

## INTRODUCCION

Con el surgimiento de la constitución política de 1991, el proceso de liberalización de la economía se facilitó porque se buscó que ésta creciera y se mantuviera bajo los lineamientos de una política de sana competencia, de ética competitiva, principio rector que justificó la creación de nuestra actual ley en regulación de la materia. Esta liberalización económica vino de la mano con el derecho de la libre competencia. La importancia de ser elevado a rango constitucional permitió que éste derecho abarcara lo que consideramos el bien jurídico que nuestra normativa sobre competencia busca proteger: la libre competencia como institución jurídica.

El mercado es un medio cada vez más competitivo y los vendedores buscan posicionar sus productos, algunas veces mediante la utilización de medios que perjudican a sus competidores; para dar solución a estas contingencias surge la ley de Competencia Desleal, la cual es el “manual de convivencia” en el ámbito comercial, pues busca regular la conducta de todos los sujetos que participan en el mercado, con la finalidad de darle relevancia y buscar el respeto de la libre competencia.

La falta de conocimiento del público en general sobre dicha regulación es la motivación principal de esta monografía, la cual busca ser un medio de interpretación de esta ley, especialmente a la hora de diferenciar las conductas de imitación y confusión, y no sólo esto, pues principalmente se quiere establecer cuáles son los elementos para la existencia y aplicación de estos dos actos que son muy frecuentes en la actividad mercantil y dentro del contexto del llamado mercado.

Para dar cumplimiento a los objetivos planteados, fueron consultados distintos textos de autores ilustrados en el tema de la talla de PEDRO PORTELLANO, RICARDO METKE MENDEZ, LAURA SANCHEZ SABATER, WALTER FRISCH PHILLIP, DIONISIO DE LA CRUZ CAMARGO, JORGE JAECKEL KOVACS Y CARLOS VELÁSQUEZ.

Adicionalmente, para realización de los objetivos planteados, fueron analizadas sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y también providencias del Tribunal de Justicia Andino.

## ANTECEDENTES LEGALES

Con la Constitución de 1991, la principal preocupación de la política de competencia del momento era la de procurar la protección al consumidor. A través de la Constitución Política, el Estado debía buscar una sana actividad comercial, aportando a todos los participantes del mercado los elementos necesarios para el comercio eficaz y eficiente de los productos, de manera tal que los consumidores encontraran una amplia variedad de éstos y tuviesen la oportunidad de elegir libremente entre la alta gama de productos y servicios que se ofrecían y la gran variedad de precios y calidades. Esa intervención del Estado en la economía (que no es absoluto por el mismo modo de manejo de mercados en nuestro sistema), se materializa en el concepto de Estado Social de Derecho. Así, señala el artículo 1º de la Carta Política que “Colombia es un Estado Social de Derecho que se funda en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general”<sup>13</sup>. De allí el carácter proteccionista que adquiere el Estado en todas las esferas sociales y políticas en que pueda moverse el individuo; y con la economía y el mercado ello no podía ser diferente, haciendo eficaz la libertad de empresa y la libre competencia económica, previendo de igual manera, situaciones que pretendan monopolizar la economía o deprivarla con usos y prácticas deshonestos. De un Estado Liberal de derecho pasamos a un Estado social de Derecho que le da un nuevo significado a la economía,

---

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 1º

otorgándole un carácter social. Por ello, la competencia cumple igualmente con la función social.

El artículo 334 de la Constitución Política materializa el significado del Estado como director de la economía, para racionalizarla con el fin de “conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.<sup>14</sup>

Partiendo de la consideración de que el sistema económico colombiano defiende la libre empresa e iniciativa privada, reconoce que la libre competencia económica es un derecho de todos, y esto lo encontramos ampliamente en el artículo 333 de la Constitución de 1991. “Éste derecho significa que los particulares puedan ejercer una actividad comercial o industrial sin discriminación, sin prohibiciones, obstáculos o trabas institucionales al momento de comercializar bienes y servicios”.<sup>15</sup>

Sin embargo, éste derecho a la libre competencia, como muchos otros, no es absoluto, pues la Constitución también establece unos límites que se encuadran sobre la igualdad jurídica que poseen los competidores ante la ley y que no permite que de manera exagerada e ilimitada ejerzan su actividad, ya que

---

<sup>14</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 334.

<sup>15</sup> Molina Betancout, C.M. (2003) *Derecho de la Competencia*. Medellín, Colombia. Editorial Medellín: Colegio de Abogados, Cámara de Comercio y Biblioteca Jurídica. Pág 106.

muy por encima de ello se encuentra el bien común y los derechos de los consumidores, al igual que los de los demás competidores.

De ésta manera vale la pena hablar del mecanismo por excelencia que se fue desarrollando con el tiempo, de las leyes que se han ido desplegando para proteger la libre -pero sobre todo- sana competencia, de manera que el mercado se lleve a cabo tal y como las sanas costumbres lo señalan: como un deber ser.

Al respecto vale la pena aclarar que, la competencia, es supuesto fundamental para el despliegue normal del mercado, y esto ha sido así desde siempre. María Consuelo Guacharná se refiere al tema de la siguiente manera: “la existencia de competencia es un presupuesto fundamental para que pueda darse la actividad comercial en sus múltiples manifestaciones; puede afirmarse que en la mayoría de los casos la profesión mercantil solamente existe en cuanto hay competencia entre los particulares dedicados a ella”<sup>16</sup>. Es este un planteamiento acertado y pertinente, puesto que la competencia es la que permite que los demás competidores analicen el mercado, mejoren sus productos, y lo que le permite al consumidor elegir, dentro de una gama de opciones, cuál se acopla mejor a sus necesidades. Sin embargo, la competencia se torna desleal cuando dichos lineamientos se desbordan, cuando la normal competencia ya no se encuadra dentro de la buena fe o las sanas y buenas costumbres mercantiles. “Es obvio

---

<sup>16</sup> Gacharná, M.C. (1982). *La Competencia Desleal*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. Pág. 31

entonces, que la competencia desleal es el desbordamiento anormal de algo que, ceñido a cauces estrictos es perfectamente lícito y merecedor de la protección del derecho; y que por tanto la teoría que la explique deberá encuadrarla dentro de una de las modalidades que asume la figura del abuso del derecho: en efecto, si la libertad de competencia debe mirarse como deber-derecho, será su abuso el que lleve al campo particular de la competencia desleal”<sup>17</sup>. Entonces, lo que caracteriza la deslealtad de la competencia son los medios que de manera desleal se utilizan para el aumento de la clientela o el buen posicionamiento del producto en el mercado.

La Constitución de 1991 y un bien llamado Estado Social de Derecho, procuraron hoy en día generar una dinámica empresarial que se mueva sobre la protección al consumidor y a los demás competidores. Sin embargo, esto no fue así desde siempre, y para que hoy podamos hablar de un derecho de competencia, antes tuvimos que recorrer un largo camino normativo que resulta imprescindible estudiar.

## **LEY 155 DE 1959**

Durante la segunda mitad del siglo XX, el país empezó a experimentar un aumento considerable de la industria y la economía que obligó a la creación de una legislación que regulara en mayor medida el tema para la protección de los

---

<sup>17</sup> Ibídem Pág.33

consumidores y de los demás competidores. Incluso leyes anteriores ya se referían al tema de competencia. La ley 31 de 1925, definió la competencia en su artículo 65 como “El acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival”<sup>18</sup>. Sin embargo, esta concepción se quedó muy corta ya que dejó por fuera actos que podrían resultar idóneos para la configuración de la deslealtad, pues, tras hacer el análisis, pudimos concluir que sólo se refería al acto específico de confusión.

Posteriormente, la ley 59 de 1936, por medio de la cual se aprobó la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, definió la competencia desleal en su artículo 20 como “todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles, será considerado como competencia desleal, y, por tanto, injusto y prohibido”<sup>19</sup>. A pesar de que en el artículo 21 de la misma ley se enumeraran algunas causales, pareciera que ellas, una vez más, se refirieran a una misma causal: la de confusión.

Como se puede observar, éste par de leyes se quedaron demasiado cortas y no llenaban algunos vacíos como las acciones punitivas derivadas de la responsabilidad del despliegue de acciones contrarias a la libre competencia, ni se

---

<sup>18</sup> Ley 31 de 1925. Artículo 65.

<sup>19</sup> Ley 59 de 1936. Artículo 20.

referían a todas las acciones, dejando por fuera gran parte de ellas. Es por ello que la ley 155 de 1959 resulta de gran importancia, pues es tal vez la primera ley que, si bien no se refiere específicamente a las causales de competencia desleal, sí toca el tema de las prohibiciones tendientes a limitar la libre competencia. En el artículo 10 definió la competencia como “todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial, y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas”<sup>20</sup>. El artículo 11 de esta ley enumeró una serie de actos constitutivos de competencia desleal, ampliando el concepto que se tenía, en el que sólo se consideraba desleal la confusión o algunos actos de descrédito. Esta ley reviste gran importancia, pues habló también de actos tendientes a crear desorganización interna en las empresas, desviación de la clientela y desorganización interna del mercado.

Las multas, el retiro de acciones del mercado de valores y la prohibición de funcionamiento de la empresa, son las consecuencias que se derivan de las prácticas comerciales deshonestas y desleales. Dentro de las conductas limitantes de la libre competencia podemos referenciar el aumento de precios inequitativos, y el asunto de los precios es un tema relevante en esta ley. Así, las empresas no podían aumentar de manera desconsiderada los precios, pues resultaría nefasto para el público consumidor y en general para los demás competidores. Sin embargo, aquellas empresas que tuvieran la “libertad” de determinar precios y controlar algún tipo de productos o servicios, estarían vigiladas por el Estado.

---

<sup>20</sup> Ley 155 de 1959. Artículo 10.

Al hablar de una ley que amplía la concepción de competencia desleal y permea áreas que anteriormente presentaban enormes vacíos, podemos referirnos a una norma que se define como primaria en el tema de competencia desleal. Por ello se ha entendido ésta ley como la primera en regular temas de manera más específica y completa, contrario a leyes anteriores que se quedaban cortas en cuanto a la definición y los hechos que específicamente podrían calificarse como reprochables o desleales.

#### **DECRETO 1302 DE 1964**

Posteriormente encontramos el Decreto 1302 de 1964 que amplía la ley 155 de 1959, señalando los documentos que deben aportar las empresas sujetas a intervención para que la Superintendencia de Regulación Económica (tiempo después convertida en Superintendencia de Industria y Comercio) los analice. En su artículo 3º establece:

“El Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica hará el análisis de todos los factores enumerados, con el fin de establecer si la empresa o empresas de que se trata afectan sin motivo justificable los intereses de la respectiva rama de la industria o del comercio, y en este caso, podrá imponerles el cumplimiento de las obligaciones que considere necesarias para el efecto de su control, a fin de que adopten prácticas y procedimientos conformes

con la equidad y con los intereses legítimos de productores y consumidores...”<sup>21</sup>

Este artículo evidencia la vigilancia que ejerce el Estado sobre las empresas que pueden determinar sus precios, con el fin de que éstas sigan enmarcadas y direccionadas sobre políticas de protección de intereses legítimos de productores y consumidores. Es acá donde aparece un nuevo término: “libertad vigilada”, que parte del supuesto según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio otorgaría libertad vigilada a las empresas que no estén ocasionando perjuicio a los intereses legítimos de terceros lo que les permite fijar sus propios precios y controlar los productos con mayor autonomía siempre y cuando se mantengan dentro de las prácticas que no contraríen de ninguna manera el bien común ni los actos leales de competencia.

Dentro de la ley en mención podemos evidenciar que es una ley que también regula en gran medida el tema de los precios, pues en el artículo 5º señala algunas aproximaciones a la afectación a la libre competencia, situación que se podría producir cuando las empresas establezcan convenios privados que no busquen otra cosa que unificar o imponer precios tanto a los productores como a los consumidores, precios que muchas veces pueden tornarse inequitativos perjudicando también a los competidores.

Posteriormente encontramos la ley 1 de 1991. En esta ley se establecen las disposiciones sobre el Estatuto de Puertos Marítimos. Encontramos su relevancia

---

<sup>21</sup> Decreto 1302 de 1964. Artículo 3º

debido a que sigue con la misma necesidad de regular el aumento desconsiderado de los precios y lo materializa en un fenómeno denominado como *tarifa de competencia imperfecta*. Para dar un ejemplo, el artículo 22 de la ley señala taxativamente algunas de las restricciones indebidas a la competencia, encontrándose, entre otras, el cobro de tarifas que no cubre los gastos de operación de una sociedad portuaria y los acuerdos para repartir cuotas o establecer tarifas.

Este período es relevante porque se presenta de la mano con la aparición de nuestra actual Constitución Política, que permeó muchas áreas de nuestra legislación, y empezó a preparar el terreno para consolidar nuestra actual normativa sobre competencia. Aparece entonces un decreto que por primera vez consagra en Colombia el Derecho a la Libre Competencia.

### **DECRETO 2153 DE 1992**

El Decreto 2153 de 1992 cubre plenamente las funciones que se le otorgaron a la Superintendencia de Industria y Comercio (que con el tiempo fueron incrementándose), pero sobretodo se señala por primera vez (no taxativamente) los acuerdos que se hallan contrarios a la libre competencia. Encontramos por ejemplo el artículo 47, que se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, la repartición de mercados entre productores o distribuidores, o

la limitación a los desarrollos técnicos, por mencionar sólo algunos de ellos. Así mismo. Es un Decreto muy completo y considerado de vital importancia para nuestra legislación, porque reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, pues se consideró que la finalidad del señalamiento de sus funciones radicaba en el hecho de que éstas y los mandatos de la Constitución sintonizaran en armonía y propiciaran un marco para el cumplimiento de las actuaciones administrativas. De igual manera se eliminaron trámites molestos para los competidores e incluso los particulares y se simplificaron las labores que se radicaron en cabeza de la Superintendencia en mención.

Posteriormente apareció la ley 178 de 1994 por medio de la cual se aprobó en Colombia el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. Esta ley se refiere a la competencia desleal como “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.”<sup>22</sup> Esta ley indica de manera genérica los actos constitutivos de competencia desleal, pues posteriormente la ley 256 de 1996 tendría como tarea separar cada uno de ellos de manera más específica.

---

<sup>22</sup> Artículo 10º Ley No. 178 Diario Oficial de la República de Colombia No. 41656 del 29 de Diciembre de 1994.

## **LEY 256 DE 1996**

La necesidad de consagrar una ley que llenara todos los vacíos que el Código de Comercio presentaba, fue la causal que generó la aparición de la ley de Competencia Desleal en nuestro país. Las normas contenidas en el Código de Comercio presentaban dificultades para su plena aplicación, y por muchas causales resultaban incluso idóneas para poner en una situación de desventaja al público consumidor respecto de los competidores que generaran actos desleales.

La ley 256 de 1996 genera un cambio sustancial en dos aspectos a saber. Entrando a hablar del primero de ellos, las normas en el Código de Comercio sobre competencia desleal se referían sólo a los comerciantes, y sólo le eran aplicables a ellos. Señala al respecto el autor Jorge Jaeckel Kovaks:

“El Código de Comercio es un ordenamiento especial que tiene por finalidad regular la actividad de los comerciantes y en tal sentido contiene reglas especiales que se aplican a quienes según el mismo ordenamiento ostentan dicha calidad, es decir, a quienes ejecutan en forma profesional actos de comercio. Dado que en el mercado se pueden presentar actuaciones de personas que sin ser comerciantes compiten deslealmente y que según lo expuesto no podían ser demandados con éxito por competencia desleal, se hacía necesario concebir legalmente la competencia desleal como una institución que sancionara las prácticas desleales en que incurre cualquier competidor, independientemente de que fuera o no

comerciante.”<sup>23</sup> Este cambio de referencia acerca de a quiénes les era exigible la ley, fue uno de los cambios significativos a la hora de expedir el nuevo reglamento sobre competencia desleal. La necesidad de proteger los intereses de los consumidores y de sacarlos del estado de desprotección en el que se encontraban, justificó completamente la aparición de la ley 256 de 1996. Así lo encontramos también en Gaceta del Congreso:

“El desfase de su orientación general, ya que la regulación contenida en el Código de Comercio se circunscribía únicamente al aspecto privado y al interés particular de los comerciantes, lo que responde a una visión sesgada de la propiedad y, por ende, restrictiva de la represión; una concepción en la que no participan los intereses colectivos de los consumidores y menos aún el interés público del Estado por el mantenimiento de la libre competencia”<sup>24</sup>.

El segundo aspecto sobre el que se generó un cambio sustancial recaía en el vacío que se presentaba en el Código de Comercio, este era la falta de determinación acerca de si las conductas desplegadas por los agentes pudiesen ser indemnizatorias o de peligro. El artículo 76 del Código de Comercio solía señalar al respecto que “el perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la

---

<sup>23</sup> Jaeckel, J. (no date). *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxqJGCCn7KwJ:https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

<sup>24</sup> Gaceta del Congreso N° 308, Septiembre de 1995, pág. 4

sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal”<sup>25</sup>. Este artículo resulta de por sí vacío, porque deja de lado e ignora por completo la posibilidad de que se pudiera generar un riesgo en alguna causal de competencia desleal o que previera una responsabilidad objetiva, y no sólo la necesidad de indemnizar cuando esta se desplegara, dejando una vez más en una evidente situación de indefensión al consumidor y conminar sólo al competidor acerca de lo que podría suceder si realizare actos de competencia desleal, por lo que cabía la posibilidad de generar amenazas sin que éstas fueran resarcidas. El doctor Jaeckel Kovaks hace un análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Santafé de Bogotá, D.C., 12 de septiembre de 1995. Ref: Expediente No. 3939, que puso fin a esta dicotomía:

“La Corte modificó la tesis mayoritaria al establecer que la competencia desleal debía concebirse como una protección frente al riesgo que envolvían las conductas desleales. En tal sentido la Corte distinguió las siguientes tres fases en las que podía presentarse la infracción:

"a) la ejecución de actos desleales con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización; b) la ocurrencia real o efectiva de dichos

---

<sup>25</sup> Decreto 410 de 1971. Artículo 76. Derogado por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996.

fenómenos; y c) la existencia de perjuicios cuya sustancia, según quedó visto, la constituye por la conducta censurable del competidor."

En opinión de la Corte Suprema de Justicia, bastaba con que se presentara la primera fase, es decir, la ejecución de actos desleales, para que la víctima de éstos pudiera acudir al juez en procura de que se ordenara al competidor desleal que suspendiera dichos actos y se abstuviera de repetirlos. En consecuencia y según la Corte Suprema de Justicia, frente a la competencia desleal el afectado contaba con dos posibilidades: solicitar la suspensión de los actos de competencia desleal y que se abstuviera el demandado de repetirlos, o, solicitar que se le indemnizaran los perjuicios causados."<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Kovacks, Op. Cit. Pág.7

## CONTEXTUALIZACION HISTORICA

El origen de la Competencia Desleal se encuentra íntimamente ligado al desarrollo que la economía ha tenido a través de su historia. Es el momento en que se estipula la libertad de competencia donde nace la posibilidad que aquellos actos cometidos por quienes participan en el mercado sean desleales. Este origen se sitúa en el surgimiento de la economía liberal. Para el tratadista AURELIO MENENDEZ<sup>27</sup> existen tres modelos de regulación en la materia: el modelo paleoliberal, el modelo profesional y el modelo social.

El primero, el modelo Paleoliberal, se da al momento del despegue de la economía liberal (libertad de industria y comercio) en el Siglo XIX, relevante especialmente en las sociedades europeas. Para este modelo, la conducta resultaba desleal cuando se infringían los derechos de propiedad industrial y se desobedecían las normas penales sobre los fraudes. Una de las características de la disciplina de la Competencia Desleal en este período es que era típica, pues la conducta que se supone desleal sólo podía ser restringida si se contaba con una norma especial precedente prohibitiva de este tipo de actuaciones.

---

<sup>27</sup> Menendez, A. (1988). *La Competencia Desleal: Primera Edición*. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. Pág. 28 y sigs.

La evolución de la Competencia Desleal se desarrolló especialmente por la vía jurisprudencial ya que los grupos empresariales formaron *trust* y carteles para buscar protegerse ante actuaciones desleales desplegadas por sus competidores.

El segundo modelo, el Profesional, sucedió a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. La Competencia Desleal fue una disciplina que formó parte del Derecho Privado; cabe decir que era percibida con poca objetividad y que se moldeó conforme a los parámetros de lealtad que tenían los profesionales del comercio y de la industria<sup>28</sup>; ellos eran los únicos legitimados para instaurar acciones judiciales por conductas que ellos consideraban desleales. El reconocido abogado JORGE JAECKEL KOVACKS consideraba que para que una conducta se constituyera como desleal, debía cumplir ciertos elementos: que el sujeto activo y las víctimas, fueran comerciales, que entre ellas existiera una relación de competencia y haber ocurrido cierta actuación que se considerara desleal.

El modelo social de la Competencia Desleal se sitúa históricamente en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Fue un modelo con cambios favorables, como por ejemplo, la orientación de la Competencia Desleal a proteger “el orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés económico de los consumidores y el interés público del

---

<sup>28</sup> Jaeckel, J. (no date). *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxqJGCCn7KwJ:https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

Estado”<sup>29</sup>. Según lo anterior, hubo una transformación en el pensamiento colectivo pues se propendió a dejar atrás la autotutela del modelo profesional, para buscar una protección colectiva.

El concepto de la buena fe también sufrió modificaciones. El modelo profesional tenía un tinte subjetivo pues protegía únicamente a las empresas, mientras que en este modelo la buena fe es apreciada desde un punto de vista objetivo, ya que cobijaba no sólo a las empresas y las actuaciones contra ellas, sino también a todos los participantes del mercado; muestra de lo anterior fue la legitimación a los gremios profesionales, asociaciones de consumidores, al Estado y a los empresarios competidores para instaurar acciones en contra de las conductas desleales.

En Colombia, el desarrollo de la Competencia Desleal fue influenciado por sucesos como la adopción del derecho a la libre competencia económica por la Constitución del año 1991, la ratificación del Convenio de París, Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, y la influencia de la Ley española de Competencia Desleal.

Los Convenios y Tratados internacionales adoptados por Colombia fueron significativos para el desarrollo normativo en materia de Competencia Desleal;

---

<sup>29</sup> Menendez, A. (1988). *La Competencia Desleal: Primera Edición*. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. Pág. 28 y sigs.

entre los Convenios más relevantes se encuentran la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial y el Convenio de París.

La Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, fue un acuerdo entre países que tuvo lugar en Washington en el año de 1929; fue ratificado por medio de la Ley 59 de 1936, la cual incluyó distintas acciones y procedimientos que tendieron a responsabilizar a aquellos que incurriesen en conductas desleales. El Convenio de París fue un acuerdo adoptado por más de noventa países, y es de gran importancia ya que sus signatarios se comprometieron, en aquel entonces, a diseñar mecanismos eficaces contra la competencia desleal. En el caso colombiano, como ya se mencionó anteriormente, aquel convenio fue ratificado mediante la Ley 178 de 1994.

El derecho constitucional a la libre competencia económica es el fundamento de la ley de competencia desleal, pero podemos afirmar que este principio es un concepto reciente que surge como consecuencia de la idea concebida por el economista John Williamson en la década de los 80, de promover una reforma de liberación económica para los países en crisis, reformas que evidencian la inminente llegada del Neoliberalismo a la región.

A este conjunto de reformas se le conoció como Consenso de Washington, el cual sugería adoptar una economía menos intervencionista por parte del Estado

y con una mayor apertura al exterior, en donde el mercado asignara eficientemente los recursos económicos. Con la adaptación de esta reforma, los consumidores podrían tener la libertad de escoger, basándose en el precio y la calidad de los bienes y servicios.

Esta idea resultaba desafiante para la época, pues la intervención del Estado en la economía se establecía como parámetro de funcionamiento, ubicado nada más que en la misma Constitución de 1886. Este postulado atravesó varias reformas: en el año de 1936 se estableció que el Estado intervendría "...por medio de leyes"<sup>30</sup>. Posteriormente, en el año de 1945, se reformó el artículo 32 de la entonces vigente Constitución de 1886, en donde se establecía que el Estado intervendría "...por mandato de la ley"<sup>31</sup>. Esto, según los juristas ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR,<sup>32</sup> significó que al Estado se le introdujo oficialmente la posibilidad de que interviniera directamente en la economía. Posteriormente, mediante una nueva reforma constitucional, se asigna la descentralización administrativa por servicios, la cual sugiere la intervención estatal por medio de dichos organismos descentralizados.

---

<sup>30</sup> Acto Legislativo número 1 de 1936

<sup>31</sup> Acto Legislativo número 1 de 1945

<sup>32</sup> Miranda, A. & Marquez, C.P.(2010). Recuperado de:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XTKAwchV6sMJ:centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/intervencic3b3n-del-estado.docx+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

El concepto que actualmente conocemos como de Libre Competencia fue incluido en la Constitución del año de 1991, más específicamente en el artículo 333; este contiene los principios de libre iniciativa privada y de la libre competencia, que si bien, son de gran importancia, se les ha trazado límites. Entre ellos se encuentran: el bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Esto se traduce en que la intervención del estado es menor, sí, pero aún existe. Al respecto, la Sentencia C-398 de 1995 establece:

“[...] la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.). A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución”.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Sentencia C-398 de 1995, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D 865. 7 de Septiembre de 1995, Bogotá, Colombia.

Además de los límites mencionados anteriormente, falta mencionarse el de los monopolios estatales constituidos como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley<sup>34</sup>. Todo lo anterior tiene el fin de señalar que, si bien, la libre competencia es un derecho constitucional garantizado y regulado por el Estado, este no es absoluto.

Aunque en Colombia ya se había hablado de la Competencia Desleal<sup>35</sup>, la ley 256 de 1996 fue una forma de solucionar algunos errores o descuidos de la normativa previa a ella, como que las anteriores leyes sugerían que la Competencia Desleal sólo se podía identificar en actividades realizadas por comerciantes, y tampoco contemplaba que fueran conductas de riesgo, sino que, para invocar las acciones pertinentes, debía haber un daño cierto a los intereses del demandante o que los actos que las normas prevenían no buscaban corregir acciones que resultaran amenazantes con ser desleales, sino que podrían interponerse aquellas una vez el daño ya se hubiere causado.

Dicha ley contiene, entonces, una trilogía de intereses, entre los cuales se encuentran la defensa de los intereses generales o del público, la defensa de los intereses de los consumidores y la defensa de los intereses de los empresarios o los competidores.

---

<sup>34</sup> Constitución Política de Colombia artículo 334, inc. 1º

<sup>35</sup> Varias normas que versaban sobre la Competencia Desleal existieron antes de la Ley 256 de 1996, entre las más significativas se encuentra la ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964, el Decreto 2153 de 1992

Se podría afirmar que para la sociedad colombiana de la época dicha ley pudo ser innovadora, pero la verdad es que la Ley de Competencia Desleal colombiana es en realidad casi idéntica a la Ley 3 de 1991, la Ley de Competencia Desleal española.

En el año de 1994 se propuso el proyecto de Ley No. 36, que era aquel que proponía crear una ley sobre Competencia Desleal. Entre los motivos encontrados figuran:

- a. “ [...] Esta ley supone un nuevo marco normativo apto para dar cauce a la cada vez más enérgica, planeada y sofisticada competencia comercial [...] (pág. 4)
- b. [...] Garantiza que la libertad de competencia consagrada en la Constitución Nacional, no pueda verse falseada por prácticas desleales susceptibles de perturbar el funcionamiento de un mercado competitivo [...] (pág. 4)
- c. Contempla que no sólo el interés privado de los empresarios se puede ver perjudicado con los actos de competencia desleal, sino el colectivo de los consumidores y el público del Estado.
- d. Busca proteger la parte más débil de las relaciones típicas de mercado, que es el consumidor.
- e. [...] En el plano de la configuración del acto de competencia desleal, el objetivo se ha procurado conseguir por medio de la ampliación del campo de aplicación de la norma [...].
- f. En el orden procesal busca: [...] Tanto la eficacia en la represión, para tal propósito se ha dispuesto un sistema de acciones muy articulado y normas de

agilización procedimental, como una amplia legitimación por activa [...] Así, al lado de la tradicional privada de competidor, se incluye una legitimación colectiva confiada a las asociaciones profesionales, gremiales y de consumidores y una legitimación pública concedida al Estado [...] (Pág. 4)".<sup>36</sup>

En el contexto anteriormente mencionado se aplicaría la Ley 256 de 1996.

---

<sup>36</sup> Bedoya, V. & Velazco, L. (2001) . Cambios, continuidades y análisis Contextualizado del régimen de Competencia en Colombia. (Tesis de Pregrado). Universidad ICESI. Cali, Colombia.  
Recuperado de:  
[https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/76613/1/cambio\\_continuidad\\_analisis.pdf](https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76613/1/cambio_continuidad_analisis.pdf)

## DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Definir la competencia desleal no ha sido tarea fácil, ya que la ley no ha sido lo suficientemente clara a la hora de señalar en sentido estricto qué es el derecho de la competencia, y la idea de incluir todos los elementos es un poco complejo. Sin embargo, gracias a la ley y a la doctrina, se pudieron encontrar elementos que unidos configuran lo que podría definirse como competencia desleal. Consideramos de gran importancia nombrar algunas teorías recogidas por el abogado Carlos Alberto Velásquez Restrepo, quien en su libro “Instituciones de Derecho Comercial” define en cada una el concepto y la naturaleza jurídica de los actos de competencia desleal.

Como primera teoría encontramos la **teoría de la responsabilidad extracontractual**. Esta teoría francesa asimila la competencia desleal a un tema de responsabilidad civil extracontractual, requiriendo para su configuración los elementos de hecho, daño y la relación causal entre estos dos. Sin embargo, y como trataremos con más precisión más adelante, no es una teoría que acojamos en nuestro ordenamiento en la actualidad por el hecho de hallarse el daño propiamente como requisito, pues actualmente basta con la amenaza o posibilidad de causarlo.

El autor explica también la **teoría de la protección de la personalidad**. Esta tesis, de autoría del jurista alemán Kohler, es quizás una concepción

bastante personal y humana sobre las consecuencias que acarrearían la configuración o amenaza de un acto de competencia desleal. Kohler sostenía que “la violación de las normas sobre competencia implica una afrenta contra la dignidad y el respeto que se debe a las personas, el cual surge no sólo de las normas penales sino también en el ámbito de las normas que en el derecho privado protegen la competencia”<sup>37</sup>. Es una teoría que, al parecer del autor (y nuestra) se queda un poco corta por tratarse de un punto de vista muy general, pues el derecho en todas sus manifestaciones procura la protección a la dignidad y especialmente en nuestro ordenamiento jurídico, encaminado sobre los lineamientos de un estado social de derecho y de un respeto a la dignidad humana y al bien común.

Encontramos además a la luz de Velásquez Restrepo, la **teoría del abuso del derecho**. Hablar de esta teoría resulta interesante porque parte de la teoría de la libertad del comercio. Hablar de un comercio limitado por el Estado o controlado cien por ciento por él no es el caso de Colombia. Sin embargo, el Estado ha seguido ejerciendo el papel de protector, de permeador de todas las áreas, de allí que pueda hablarse de una libertad para competir. Por tratarse de un derecho individual se desvía y se olvida del bien común, de la función social del derecho. Por ello, esta teoría se refiere al fin último que encuentra el derecho de la

---

<sup>37</sup> Velásquez, C.A. (1998) “*Instituciones de Derecho Comercial*” Medellín, Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Pág 207 y ss.

competencia, que si bien es un derecho individual encuentra su límite en donde empieza la función social. Esto es lo que el autor llama “el equilibrio del mercado”.

Esto nos lleva a otra teoría: **la del acto excesivo**. Según esta teoría, y a la luz del maestro Paul Roubier, “la competencia desleal es un acto excesivo por cuanto desvía de su finalidad los principios en que se fundamentan las libertades civiles, en la medida en que contraría los usos y las prácticas que en todo tiempo han movido la libertad de obrar en el comercio”<sup>38</sup>.

Por último encontramos la **teoría de la protección de la hacienda**. Esta teoría parece que fue la adoptada por nuestra legislación en el momento de incluir la legislación sobre competencia en el Código de Comercio. La hacienda a la que se refiere en esta ocasión es al patrimonio mismo de los comerciantes y competidores, y se queda un poco corto porque, dando explicación a lo dicho anteriormente sobre el Código de Comercio, deja de lado a los consumidores y al derecho que estos tienen dentro de una libre y sana competencia dentro de un mercado justo y equitativo.

Por todo lo anteriormente dicho, vemos que varias teorías han sido recogidas para ver el derecho de competencia y la competencia desleal en sí misma como un concepto que resalte dentro de unos lineamientos, pero muchos de ellos se han quedado cortos o están lejos de acercarse a la verdad. Por eso,

---

<sup>38</sup> Ibídem, Pág 208.

Velásquez Rodríguez señala que “la competencia implica la posibilidad de concurrir a un mercado en igualdad de condiciones por parte de dos o más empresarios, con el fin de satisfacer necesidades mediante un mismo producto o servicio”<sup>39</sup>. Pero según este autor, el artículo 7º de la ley actual de competencia desleal, es el que define por excelencia lo que constituye competencia desleal en sí mismo sin dejar por fuera comportamientos que no se encuentren taxativos en la ley.

Así mismo, el autor Mauricio Velandia Castro, en su comentario sobre la ley de competencia<sup>40</sup>, señala algunos elementos que, en conjunto, se acercan bastante a lo que podría ser esta definición.

El primero de estos se refiere a *los comportamientos malintencionados*. “Serán estos las conductas o actos adelantados por personas naturales o jurídicas cuyo contenido es causar perjuicio a una empresa dedicada a la prestación de bienes o servicios”<sup>41</sup>. Cuando hablamos de comportamientos malintencionados también nos referimos a la situación misma en la que, una persona, sea natural o jurídica, despliega actuaciones contrarias a la buena fe (concepto que abordaremos con mayor amplitud más adelante) y a las sanas costumbres, actos

---

<sup>39</sup> Velandia, M. (2006). *El Derecho de los Mercados (apuntes)*. Recuperado de: <http://mauriciovelandia.com/firma/images/stories/libroderecho/derecho-de-los-mercados.pdf>

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem Pág. 7

que en sí mismos se configuran desleales y deshonorosos, por lo que requieren de corrección.

En segundo lugar encontramos *la normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado*. Esto configura una novedad de la actual ley, pues se refiere al ámbito subjetivo de aplicación que, contrario a lo que se establecía anteriormente en el Código de Comercio, se aplicará no sólo a los competidores, sino a cualquier persona que participe en el mercado, incluyendo entonces al consumidor, como necesidad de protegerlo en este actuar desleal.

Como tercer punto encontramos *el debilitamiento o perjuicio a persona que participa o intenta participar en un mercado*. Este punto es significativo para demostrar la calidad de sujeto activo encaminado a procurar el resarcimiento del daño o la amenaza, pues tal y como lo establece Velandia Castro “la legitimación es un aspecto primordial para la aplicación de esta ley, pues para iniciar una acción por competencia desleal, debe, la parte activa, demostrar su interés legítimo. Es por ello que en la ley 256 de 1996 aparecen dos clases de acciones, así como las personas legitimadas para ejercerlas. Existe una acción preventiva del acto de competencia desleal donde se prohíbe la realización del acto y una declarativa, que sanciona y desmonta el acto desleal. En cuanto a las personas

legitimadas, serán, la persona que demuestre un perjuicio, las ligas de consumidores y la procuraduría”<sup>42</sup>.

Como cuarto y último elemento, Velandia señala *el beneficio propio de un tercero como consecuencia de un acto de competencia desleal*. Este elemento lo encontramos desarrollado en el artículo 22 de la ley 256 de 1996 con respecto a la legitimación pasiva. Así, las acciones derivadas de la competencia desleal<sup>43</sup> proceden contra cualquier persona que haya procurado o contribuido a la realización de la conducta desleal, sea cual sea su participación dentro del mercado.

Después de señalar estas cuatro conductas, concluimos en la definición que el autor construyó sobre la competencia desleal de la siguiente manera: “se considera que competencia desleal agrupa aquellos comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor”.<sup>44</sup>

Siguiendo con la doctrina y con la línea de otros autores, a la luz de Rodrigo Palacio Cardona, “el derecho a la competencia desleal es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado, de la rivalidad existente entre los

---

<sup>42</sup> *Ibíd*em, pág 8.

<sup>43</sup> Referida a la acción declarativa y de condena; y a la acción preventiva o de prohibición.

<sup>44</sup> *Ibíd*em Pág. 7

mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles”<sup>45</sup>.

Otro autor como lo es José María Berdugo Garavito, al hablar de los aspectos generales del derecho de la competencia, define esta como “aquella que, aunque esté permitida, se realiza infringiendo un mínimo deber de corrección frente a los competidores. El competidor desleal infringe el deber de lealtad, de juego limpio, con los demás competidores”<sup>46</sup>.

La competencia, como ya se ha dicho, se torna desleal en la medida en que supera los límites de la buena fe y las sanas costumbres mercantiles. El artículo 7º de la ley 256 de 1996, como prohibición general señala que, los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. Este principio configura una especial protección a la buena fe en materia mercantil, elemento que debe predominar en una sana competencia. Así mismo señala: “...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

---

<sup>45</sup> Gaviria, E. (2003). *Derecho de la Competencia*. Medellín, Colombia. Editorial Medellín: Cámara de Comercio, Colegio de Abogados de Medellín, Biblioteca Jurídica. Pág 53

<sup>46</sup> *Ibíd.*

esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado”<sup>47</sup>.

A la luz de reiteradas sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, se ha entendido la buena fe comercial como aquella que se despliega de la actuación honesta y leal de quien ejerce la actividad comercial: “Remembrando el concepto de la buena fe comercial, cumple señalar que dicho principio se ha entendido como ‘la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios’, o, como lo ha establecido este Despacho en pretérita oportunidad, como ‘la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones’ que les permite obrar con la ‘conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”<sup>48</sup>. Así mismo, en sentencia el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se refirió a la buena fe de manera bastante amplia, sentencia que Jaeckel Kovaks también citó en su trabajo sobre “La deslealtad en la competencia desleal” y que estudiaremos más adelante.

---

<sup>47</sup> COLOMBIA. Ley 256 de 1996 (Enero 15). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Bogotá D.C. 1996. Art 7°.

<sup>48</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución N° 05120264 de 16 de Febrero de 2009. Pág. 7

La competencia desleal tiene un contenido jurídico, pero eminentemente ético. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 8 de Abril de 2011, de Radicado número 11001319900120043170201 citó lo establecido por la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 23 de Junio de 1958 cuyo Magistrado Ponente, Arturo Valencia Zea, señaló:

“[...] La expresión "buena fe" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

[...] Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres. Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva

mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad. Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad.”<sup>49</sup>

Las normas sobre competencia desleal buscan preservar la lealtad en el mercado, por lo que la competencia resulta totalmente permitida si se realiza sobre los lineamientos de la buena fe. Es este el objeto de la actual ley de competencia, y así lo encontramos en el artículo 1º: “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 participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994”<sup>50</sup>. Esto quiere decir que la ley pretende proteger a todos aquellos que participen en el mercado -sea cual sea su papel dentro de él- de las conductas que algunos desplieguen y que puedan ser constitutivas de competencia desleal. Siendo así, de forma genérica se podría concluir que para que se configure un acto de competencia como desleal son dos los requisitos a saber: la existencia de un acto de competencia y por supuesto la deslealtad en la conducta.

---

<sup>49</sup> Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá D. C., Sala Civil De Decisión, Bogotá, D.C, 8 De Abril De 2011. Radicación No. 110013199001200431702 01

<sup>50</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 1º

Tal y como lo señala Jorge Jaeckel Kovaks, es indispensable además que el acto que se despliegue tenga una finalidad concurrencial. Para explicar dicha finalidad concurrencial, el autor agrega: “debe ser un acto con el que se accede a una clientela. En este sentido, la clientela se puede atraer mediante la oferta de un producto nuevo, proveyendo un producto en un mercado monopólico o, como suele ser lo usual, desviando la clientela de un competidor y atrayéndola hacia la oferta propia”<sup>51</sup>. Así las cosas, “la competencia desleal evalúa los medios empleados para competir y atraer la clientela, más no la finalidad de desviación de la misma, pues como se ha dicho, la intención de desviar la clientela ajena es un fin lícito que informa en buena medida al comercio y a la economía.”<sup>52</sup>

Al ser la buena fe un principio fundante de las relaciones de mercado – como ya se habló anteriormente- y un presupuesto para el despliegue de actividades mercantiles, el incumplimiento de ello genera como consecuencia la indemnización correspondiente, tema mismo que la ley consagra en artículos posteriores. “En consecuencia, entre el principio de la buena fe comercial y la evaluación de la lealtad de la conducta que se desarrolla en el mercado existe un nexo inescindible, por lo que será leal la conducta que se ajusta al principio de la

---

<sup>51</sup> Kovaks, J. (2012) La deslealtad en la Competencia Desleal. Recuperado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:el4DjWbkZ7oJ:centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-la-deslealtad.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

<sup>52</sup> Jaeckel, J. (no date). *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxqJGCCn7KwJ:https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

buena fe comercial y, por el contrario será desleal el actuar de mercado que resulta contrario a dicho principio.”<sup>53</sup>

Como lo ha establecido María Consuelo Gacharná en su obra “La competencia desleal”, para que fuese posible sancionar e indemnizar como consecuencia del despliegue de actos desleales y ajenos a la buena fe y las sanas costumbres, era necesaria la concurrencia de varios elementos. Nos ocuparemos en esta ocasión de analizar uno: el *daño*. Anteriormente se hablaba de una indemnización por el daño producido a la víctima. Así, en su momento la autora señaló: “Quedaba así la represión de la competencia desleal investida de un carácter estrictamente sancionatorio, desde luego que se hacía necesario aguardar hasta la configuración efectiva de un daño para que diera lugar a la indemnización correspondiente”<sup>54</sup>

Con nuestra actual ley de competencia no es necesario que se configure el daño, pues sólo con la puesta en riesgo se legitima al consumidor o al competidor para que inicien la correspondiente acción. Esta concepción del daño cambió, además, porque resultaba en una situación de desventaja para el consumidor o el competidor, pues la sanción y correspondiente indemnización sólo se hacía efectiva una vez se probara el daño, es decir, este debía ser cierto y directo. La prueba del acto reprochable se encontraba en cabeza del afectado, y esto muchas

---

<sup>53</sup> *Ibidem*. Pág. 6 y 7

<sup>54</sup> Gacharná, M.C. (1982). *La Competencia Desleal*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. Pág. 31

veces resultaba imposible por las mismas causas que daban origen a las conductas competitivas indebidas. Es por ello que, con la actual ley no se habla solamente del daño, sino del riesgo que estas conductas puedan generar, porque así como se amplió la concepción de riesgo se amplió el concepto de sujetos afectados y legitimados para actuar, hablando no sólo de aquellos que ejercían el comercio o los negocios, sino también los que participaban de él como consumidores o sujetos receptores de la actividad comercial.

Como diría el autor Carlos Alberto Velásquez, este fenómeno es lo que encontramos como filosofía peligrosista. Por ello encontramos en la ley artículos que se refieren a la deslealtad de la conducta cuando se desarrollen actos *que tengan por objeto*. Esta expresión indica que el acto se puede reprimir bien sea porque pueda resultar potencialmente dañino, o por la ocurrencia efectiva del daño.

El autor Rodrigo Palacio Cardona, también toca este elemento de la amenaza, pues uno de los elementos de la competencia era efectivamente *la idoneidad del acto para producir el perjuicio*. Al respecto señala que “el legislador exige que el acto sea realizado para producir un daño, pero no que este sea efectivo”<sup>55</sup>, pues la sola y simple amenaza es suficiente para que sea susceptible de ser censurado y corregido.

---

<sup>55</sup> Palacio, R. (2003). *Derecho de la Competencia*. Medellín, Colombia. Editorial Medellín: Cámara de Comercio, Colegio de Abogados de Medellín, Biblioteca Jurídica. Pág 53

Siguiendo la línea del autor Palacio Cardona, encontramos otro elemento esencial que es aquel que se refiere *al acto cuando éste se haya realizado en el mercado*. Con esto se refiere a la actividad (sea cual sea esta) que se despliegue dentro del mercado, en cabeza de cualquier persona (sea o no competidora) con el fin de perpetrar o aumentar la participación de esta en el mercado mismo. Con la nueva ley de competencia, ya no hablamos del requisito de la existencia de un acto de competencia como tal, pues el artículo 3º de la ley señala claramente que “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”<sup>56</sup>.

“Podría decirse que de la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado. Ya no es preciso que la actuación desleal se produzca dentro de una relación de competencia entre varios empresarios, pues para que sea calificada de desleal basta que la actuación en cuestión sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los actores del mercado o simplemente tenga la potencialidad de distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo”<sup>57</sup>.

Siendo así, se tiene un concepto más genérico de lo que abarca la competencia desleal en sentido amplio, aplicándose tanto a comerciantes como

---

<sup>56</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 3º.

<sup>57</sup> Almonacid, J. J. & y García , N. G. (1998) *Derecho de la Competencia* Primera edición. Bogotá, Colombia. Editorial Legis. . Pág. 270 y ss

cualquier otro participante en el mercado. Es por ello que resulta tan importante la prohibición general de que trata el artículo 7º de la ley, toda vez que amplía el concepto de competencia a agentes que no ejercen en sí mismos la competencia, pero que participan en el mercado con fines concurrenciales, y cuando habla de concurrencia se refiere a “la participación en el mercado, que se puede ver afectada porque se participa bajo comportamientos inadecuados, obteniendo un beneficio o dañando la participación de otro, perjudicándolo”<sup>58</sup>. Por ello encontramos la protección a la concurrencia, para que esta no se vea viciada por comportamientos inadecuados. Este artículo 7º significó, además, calificar la deslealtad de cualquier acto de competencia desleal que no se encuadre en ninguna de las demás causales. Resultando complicado enumerar todas las circunstancias desleales o indebidas, la importancia de una cláusula general que las abarcara fue de gran importancia y un avance significativo de la nueva ley que el antiguo código de comercio ignoraba.

Siguiendo con los elementos que menciona el autor Palacio Cardona, encontramos otro: *que la conducta sea desleal, indebida o incorrecta*. Como ya se ha dicho y como se resalta en la ley y en el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París (aprobado mediante ley 178 de 1994), es desleal todo acto que resulte contrario a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial. Por ello señala el autor que “lo que la normativa reprime es la conducta incorrecta, porque distorsiona el mercado”. Por

---

<sup>58</sup> Velandia, Op Cit, pág 6.

ello no es estrictamente necesaria la mala fe para la configuración del acto en sí mismo, ya que esta se torna relevante en el momento de una eventual indemnización, pero sí lo es cuando el acto no es verídico, fiel ni fidedigno y afecta el correcto funcionamiento del mercado. Por ello, como lo establecerían los autores Juan Jorge Almonacid y Nelson García, el acto se califica de manera objetiva, es decir, cuando se lleva a cabo con fines concurrenciales, y no es necesario que concurran más condiciones. Señalan así que “la calificación objetiva de la deslealtad del acto está determinada por la posibilidad del competidor de mantener o incrementar la participación en el mercado a través del uso de prácticas ajenas a la competencia ejercida con lealtad”<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Almonacid & García *Óp. Cit.* Pág. 270 y ss.

## EL PROCEDIMIENTO

El tema de la Competencia Desleal fue una disciplina que fracasó a lo largo de los años en el país. Así pues, la Ley 256 del año 1996 tomó esos fracasos como enseñanzas y diseñó una ley que fuera eficaz.

Para evitar conflictos con las disposiciones anteriores, la ley de Competencia Desleal estableció que dicha ley sería aplicable sin perjuicio de otras formas de protección<sup>60</sup>, esto con el fin de evitar conflictos de jurisdicción y competencia con otras normas previas a esta. Esto conlleva a que la Ley tendrá aplicación inmediata sobre los efectos producidos durante su vigencia, pero por actuaciones previas a su promulgación.

La Sentencia del 12 de Septiembre de 1995 de la Corte Suprema de Justicia jugó un rol muy importante, ya que a partir de ella se logró la posibilidad de instaurar acciones con el fin de prevenir acciones desleales o sus efectos.

La competencia procesal para conocer de asuntos de competencia desleal se haya en cabeza de los Jueces Civiles de Circuito y en la Superintendencia de Industria y Comercio a prevención; esto quiere decir que el accionante tiene la libertad de escoger si desea interponer una acción legal en contra de un actuar desleal, o si prefiere la interposición de una acción judicial.

---

<sup>60</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 1º. Objeto.

## 1. Presupuestos básicos

### 1.1. Ámbito objetivo

Señala la ley que para que una conducta sea desleal debe realizarse en el mercado y esta debe tener fines concurrenciales. El primero de ellos se encuentra en el artículo 4º de la ley. Sobre el tema se ha dicho que los actos desleales han debido ser exteriorizados y no permanecer en los pensamientos de quien los desea efectuar<sup>61</sup>. Una vez hayan sido exteriorizados y ejecutados, sus efectos deberán ocurrir en el mercado Colombiano<sup>62</sup>.

El término Concurrencial se aplica en el sentido en que el fin de la conducta realizada es la búsqueda de la permanencia o incremento de la participación en el mercado. El beneficio bien puede ser para quien lo realiza o para un tercero. Lo novedoso se encuentra en que la ley malicia en el sentido de suponer que no siempre dichas actuaciones son para beneficio propio. Con esto, busca abarcar más infractores.

---

<sup>61</sup> Velandia, M. (2006). *El Derecho de los Mercados (apuntes)*. Recuperado de: <http://mauriciovelandia.com/firma/images/stories/libroderecho/derecho-de-los-mercados.pdf>

<sup>62</sup> Jaeckel, J. (no date). *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxqJGCCn7KwJ:https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

## 1.2. Ámbito subjetivo

En el pasado, la legislación sobre competencia desleal era exigida exclusivamente a los comerciantes, pero precisamente uno de los grandes avances de la presente ley es que cubre a cualquier participante del mercado.

Otro avance positivo de la ley fue la previsión de que la conducta desleal no surge necesariamente de una relación de competencia entre el actor y el demandado; así como también lo fue la legitimación de asociaciones y corporaciones de profesionales, asociaciones de protección a los consumidores y de la Procuraduría General quien actúa representando los intereses de la nación<sup>63</sup>.

## 1.3. Ámbito de aplicación territorial

Este ámbito se encuentra ubicado en el artículo 4 de la Ley. En él se establece que los efectos de la conducta desleal deben desarrollarse en el mercado colombiano. Doctrinalmente se ha señalado que no interesa realmente si la conducta desleal fue desplegada en Colombia o no, sino que los efectos tengan lugar en el mercado colombiano<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> Velandía, M. (2006). *El Derecho de los Mercados (apuntes)*. Recuperado de: <http://mauriciovelandia.com/firma/images/stories/libroderecho/derecho-de-los-mercados.pdf>

#### 1.4. Sujeto Activo

Esta categoría se encuentra dispuesta en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996. El demandante será aquel participante del mercado cuyos intereses se hayan visto perjudicados o amenazados por actuares desleales. Debido a la evolución normativa en materia de Competencia Desleal, la Ley 256 de 1996 estableció que estos actuares podían afectar también a los no comerciantes que participaran en el mercado; es así como legitimó a las asociaciones o corporaciones gremiales, a las asociaciones para la defensa de los consumidores y al Procurador General, cuando las acciones desleales perjudiquen los intereses del Estado.

Entre los presupuestos que han sido establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>65</sup> se señala que una de las condiciones que deberá probar fehacientemente el accionante para la prosperidad de sus pretensiones, es su legitimación en la demanda.

#### 1.5. Sujeto Pasivo

Según lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Competencia Desleal, el sujeto pasivo será aquel que efectuó las conductas desleales en contra del

---

<sup>65</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 10063878 del año 2012.D2 Publicidad LTDA. Vs Caracol primera cadena radial Colombiana S.A. Ponente: Adolfo León Varela Sánchez.

sujeto activo. En el inciso segundo del mismo artículo se señala que las acciones desleales realizadas por los trabajadores en ejercicio de sus funciones, será contra su empleador.

La comisión de actos desleales puede generar acciones Administrativas y Judiciales.

## **2. Acciones Administrativas**

La Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las leyes 466 de 1998 y 1340 de 2009, quedó facultada para conocer sobre asuntos de competencia desleal. Acontecido un actuar desleal, el accionante podrá interponer ante la Superintendencia de Industria y Comercio su denuncia. Se seguirá el procedimiento dispuesto en el Decreto 2153 de 1992. Este procedimiento podrá comenzar de oficio por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se conozca de actuantes que vulneren la libre competencia, o también por medio de una queja en los casos en que sea el accionante quien solicite la investigación de un supuesto acto desleal. En su denuncia deberá suscribir los hechos, la identificación de los presuntos autores, la razones en que se fundamenta, las pruebas que servirán de soporte a sus pretensiones y

la dirección suya y de los supuestos infractores. Esta acción prescribirá en 5 años<sup>66</sup>.

## 2.1 Procedimiento

Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 144 de la Ley 446 de 1998 (el procedimiento sobre la competencia desleal será el mismo previsto para infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas), el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 (inicio del procedimiento ante la Superintendencia de Industria y Comercio), el artículo 33 de la Ley 640 del 2001 (audiencia de conciliación en procedimientos sobre competencia desleal) y el artículo 52 de la Ley 510 de 1999 (incidente de perjuicios).

El proceso comienza con una Demanda instaurada por quien se considere víctima de una conducta desleal, ya sea materializada o no. En dicho documento expresará los motivos que lo llevan a iniciar la acción escogida, sus fundamentos jurídicos, pretensiones y las pruebas que pretende hacer valer durante el procedimiento; seguidamente, se dará traslado a la parte demandada dentro del término de 15 días. Las demandas que no se encuentren completas, no serán admitidas y tendrán un término de dos meses para ser corregidas.

---

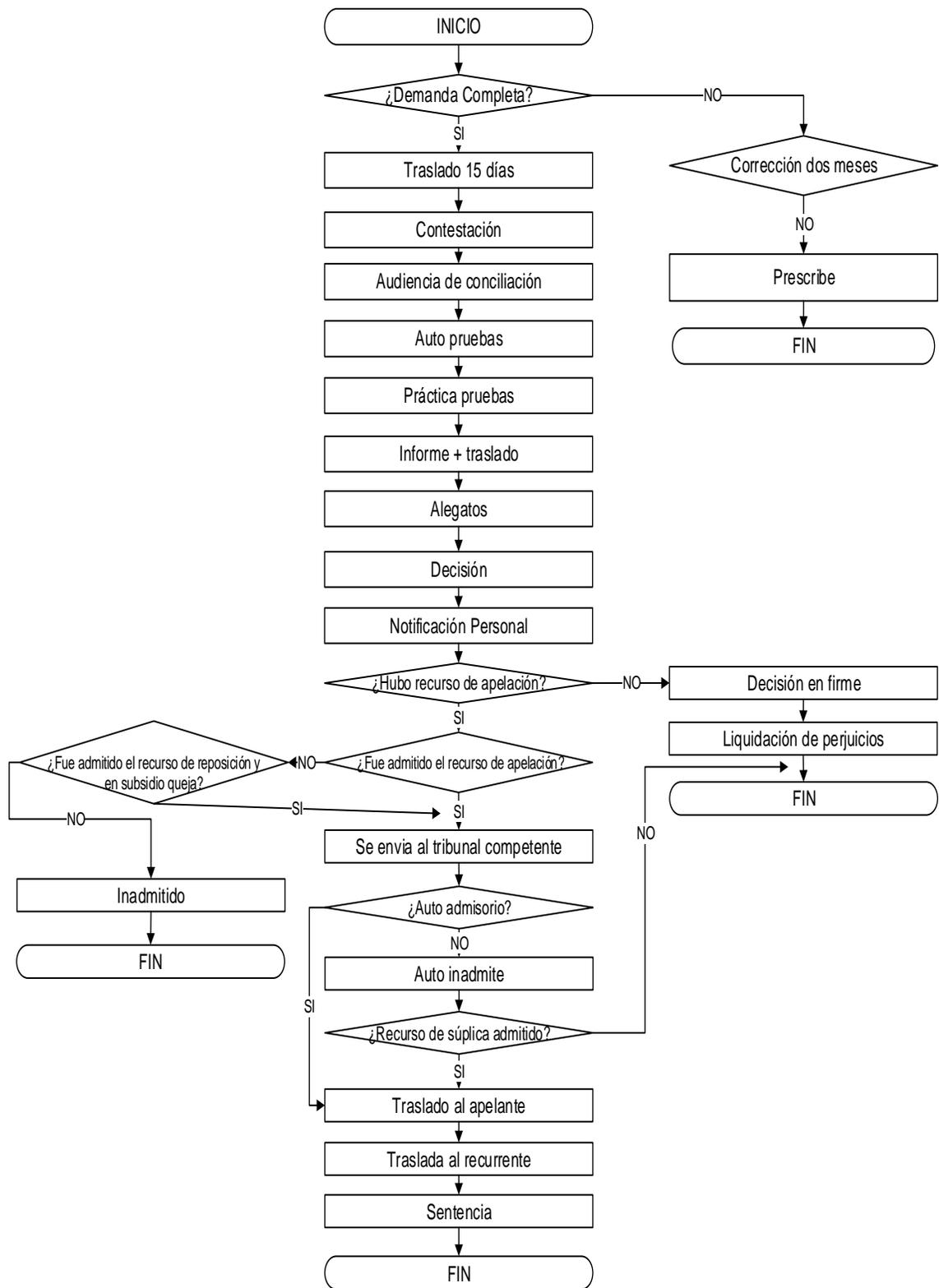
<sup>66</sup> Ley 1340 de 2009. Artículo 27.

Se deberá proporcionar un espacio en el cual las partes, extraprocesalmente, dialoguen y puedan conciliar. Cuando esto no es posible, se dará continuidad al proceso siguiendo con el decreto y práctica de pruebas. Posteriormente, las partes presentarán sus alegatos y con base en lo expuesto durante el proceso, la Superintendencia tomará su decisión, la cual se notificará a las partes con el fin de que puedan presentar sus recursos, si desean. Si esto no sucede, la sentencia quedará en firme y dentro de los 15 días siguientes se le dará inicio a la liquidación de perjuicios (Ley 510 de 1999).

Si la decisión no satisface a alguna de las partes, podrán interponer el recurso de Apelación. El Código General del Proceso estableció que los procesos sobre Competencia Desleal podrán ser: a) Verbal de menor cuantía cuando las pretensiones sean mayores a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder los 150; b) Verbal de mayor cuantía cuando las pretensiones excedan los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes y c) Verbal Sumario cuando las pretensiones no excedan los 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes(Código General del proceso. Artículo 25). El procedimiento será resumido en el siguiente diagrama de flujo<sup>67</sup>:

---

<sup>67</sup>Superintendencia de Industria y Comercio. (no date)Cambios doctrinales en materia de Competencia Desleal, Prácticas Comerciales Restrictivas y Promoción de la Competencia. Recuperado en : [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZusyQtKUeJ:www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/articulos/Cambios\\_doctrinales\\_CEDEC.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZusyQtKUeJ:www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Cambios_doctrinales_CEDEC.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co) Superintendencia de Industria y Comercio. (no date) Concepto <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ldgR2KKX2C0J:incp.org.co/Site/news/archivos/sic16270.pdf+&cd=7&hl=es&ct=clnk&gl=co>



Gráfica 1 Procedimiento Administrativo de Competencia Desleal

### 3. Acciones judiciales:

#### 3.1 Acción declarativa y de condena

Con esta acción se busca acudir ante un juez para solicitarle que se declare como desleal una conducta. Si la acción resulta favorable, el accionante conseguirá la remoción de los efectos producidos para que las cosas vuelvan a su estado original (condena de hacer) y la indemnización de los perjuicios causados (condena dineraria). El jurista Jorge Jaeckel Kovacks en su opinión, considera que esta acción tiene distintas alternativas:

Que simplemente se declare la ilegalidad del acto; que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto; que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor indemnizar los perjuicios causados por dicho acto; y que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto e indemnizar los perjuicios causados.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Jaeckel, J. (no date). *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rxqJGCCn7KwJ:https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

Siguiendo lo anterior, el accionante puede decidir libremente por cual de las alternativas quiere inclinarse, la cual deberá ser plasmada en las pretensiones de la demanda.

### 3.2 Acción preventiva o de prohibición

El accionante, por medio de esta acción, podrá acudir ante un juez con el fin de buscar prevenir la realización de un actuar desleal o suspenderlos cuando estos ya han sido ejecutados. La principal diferencia con la acción declarativa o de condena, es que el acto desleal aún no se ha producido o que si bien, ya se produjo, este aún no ha causado perjuicio alguno.

Con respecto a esta acción, el jurista Jorge Jaeckel Kovacks indica que el accionante tiene distintas alternativas con respecto a sus pretensiones:

“La primera alternativa envuelve una pretensión de prohibición, de tal forma que lo que se solicita al juez es que se ordene al demandado no realizar (hacer) aquella conducta que presumiblemente va a cometer y que envuelve un peligro para el demandante que piensa que puede llegar a ser afectado o perjudicado por la misma. Por su parte, la segunda alternativa que contiene la norma comentada, ya no se refiere a actos que aún no se han producido, sino a aquellos que habiéndose cometido y que continúan en el tiempo, aún no han

ocasionado perjuicios al demandante. Por lo tanto, la prohibición que trae la norma, se refiere a una cesación del acto desleal”.<sup>69</sup>

### 3.3 Procedimiento

La Ley 1564 de 2012 –vigente desde el 1º de Octubre del mismo año- o Ley General del Proceso le otorgó competencia a los Jueces Civiles del Circuito<sup>70</sup> para conocer las demandas de Competencia desleal en primera instancia, sin perjuicio de la competencia otorgada a autoridades como la Superintendencia para conocer de ellas a prevención<sup>71</sup>.

El principio que rige la competencia es el de la Territorialidad, consagrado éste en el artículo 28 núm. 11 de la misma ley que reza así:

“En los procesos de propiedad intelectual y de competencia desleal es también competente el juez del lugar donde se haya violado el derecho o realizado el acto, o donde éste surta sus efectos si se ha realizado en el extranjero, o el del lugar donde funciona la empresa, local o establecimiento o donde ejerza la actividad el demandado, cuando la violación o el acto esté vinculado con estos lugares”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Ibídem

<sup>70</sup> Ley 1564 de 2012. Art. 20 núm. 3

<sup>71</sup> Ley 1564 de 2012. Art. 24 núm. 1 literal b

<sup>72</sup> Ibídem, Artículo 28.

Anteriormente, el procedimiento que regía la materia era el Abreviado, pero con la derogación del artículo 22 de la Ley 1395 de 2010 por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, dicho proceso cambió. Reza la norma:

“Los asuntos de mayor y menor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía. Los asuntos de mínima cuantía se decidirán por el trámite del proceso verbal sumario, el cual se tramitará en forma oral y en una sola audiencia. Todo proceso declarativo que pueda ser conocido por las Superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se sujetará a lo establecido en este artículo.”<sup>73</sup>

De acuerdo a la relación que tengan los sujetos activo y pasivo podrá instaurarse acciones de responsabilidad contractual o extracontractual.

Cuando media un contrato entre las partes, el juez civil podrá declarar la nulidad de los actos jurídicos contrarios a la libre competencia; cuando, por el contrario, no haya ningún vínculo contractual entre ellos las acciones de responsabilidad civil extracontractual serán las procedentes, como la

---

<sup>73</sup> Modificado posteriormente por el artículo 17 del Decreto 1736 del mismo año. Este artículo comenzó a regir a partir del 1º de Enero del 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6º del artículo 627 de la misma ley.

indemnización de los perjuicios demostrados.<sup>74</sup>

Una alternativa interesante propone el tratadista Alfonso Miranda Londoño, en la cual afirma que las acciones de grupo también pueden ser impuestas cuando la práctica desleal afecte o tenga como víctimas a una pluralidad de sujetos.

#### 4. Medidas Cautelares

El artículo 31 de la Ley 256 de 1996 establece que las medidas cautelares pueden ser impuestas por el juez competente de la demanda. Estas serán de tramitación preferente. El momento propicio de solicitarlas es antes de radicar la demanda<sup>75</sup> y éstas se registrarán por lo dispuesto en el Código General del Proceso y lo dispuesto en la Decisión 486 de 2000.

El juez podrá decretar las medidas cautelares cuando sus efectos sean inminentes y graves. Una vez el juez toma la decisión, bien sea de concederlas o no, se le notifica esta decisión al demandante y al demandado. Estas decisiones pueden ser controvertidas por medio del recurso de reposición. Para que dichas medidas sean efectivas, debe el demandante prestar caución.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> MIRANDA, A. (2011) *La Indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia*. Recuperado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:n26-Zz9Jf60J:centrocedec.org/articulos/+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co>

<sup>75</sup> Aporte del Código General del Proceso, ya que en el Código de Procedimiento Civil estas medidas cautelares eran solicitadas junto con la demanda.

<sup>76</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Cambios doctrinales en materia de Competencia Desleal, Prácticas Comerciales Restrictivas y Promoción de la Competencia. [en línea] [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZusyQtKUeJ:www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/articulos/Cambios\\_doctrinales\\_CEDEC.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:DZusyQtKUeJ:www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Cambios_doctrinales_CEDEC.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co) [citada en 22 de enero de 2015]

Anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio dividía las medidas cautelares aplicables en dos tipos: aquellas que se preveían en el Código de Comercio y las del Código de Procedimiento Civil. En el concepto emitido por dicha entidad, correspondiente al radicado 03032178, se expuso lo siguiente:

1. Previstas en el artículo 568 del Código de Comercio:

- 1.1. Ordenar al presunto infractor que preste caución como garantía de que se abstendrá de continuar realizando los actos de competencia desleal por los que fue denunciado.
- 1.2. Ordenar el comiso de los artículos mediante los cuales se estén cometiendo los actos de competencia desleal.
- 1.3. Prohibir la propaganda de los bienes mediante los cuales se cometen los actos de competencia desleal.
- 1.4. Ordenar el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se cometen los actos de competencia desleal.
- 1.5. Otras medidas equivalentes, a consideración del juez.

2. Previstas en los artículos 678, 681, 682 y 690 del Código de Procedimiento Civil

- 2.1. Embargo y secuestro de bienes no sometidos a registro.
- 2.2. Embargo y secuestro de bienes sometidos a registro.
- 2.3. Inscripción de la demanda.
- 2.4. Embargo y secuestro de créditos, entre otras.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 03032178 del 20 de Junio de 2003. [en línea] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hV6Q->

Las medidas cautelares en materia de Competencia Desleal son las mismas que le son aplicadas a la disciplina de Propiedad Industrial. Esto debido a que la decisión 486 de la Comunidad Andina, si bien establece medidas cautelares en materia de Propiedad Industrial, no lo hace con la Competencia Desleal. Se optó por que las medidas cautelares que debían proceder en materia de Competencia Desleal, serían aquellas previstas por la legislación interna. El artículo 246 de la Decisión 486 de 2000 prevé las siguientes medidas cautelares:

- a) “El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción.
- b) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción.
- c) La suspensión de la importación o la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior.
- d) La constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente.
- e) El cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción”.

Con respecto a las medidas cautelares previstas en el artículo 590 y siguientes del Código General del Proceso, se hallan las siguientes:

---

[RtorD0J:www.sic.gov.co/recursos\\_user/historico/d2011sic9467.htm+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://RtorD0J:www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic9467.htm+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co)  
[citado en 23 de Enero de 2015].

“En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

C) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el

cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

**PARÁGRAFO PRIMERO.** En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.”

## 5. Las Pruebas

La ley impone la carga probatoria a la parte demandante, de manera que la parte demandada sólo necesita desvirtuar aquellas pruebas allegadas por el accionante.<sup>78</sup>

Esto se debe a que al extremo demandado le acompaña la presunción de la buena fe, que indica “[...] que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres”.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Kovacks, J. (2012) La deslealtad en la Competencia Desleal. Recuperado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:el4DjWbkZ7oJ:centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-la-deslealtad.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia . Sala de Casación Civil, sentencia de junio 23 de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

## LA IMITACIÓN

La imitación como causal de competencia desleal, se halla contenida en el artículo 14 de la ley 256 de 1996 y establece:

“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.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.”<sup>80</sup>

Haciendo uso de la interpretación y de conformidad con el inciso primero del artículo y como regla general, se tiene que la imitación dentro de nuestro

---

<sup>80</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 14.

ordenamiento jurídico es libre, es decir, es permitida, de acuerdo con los postulados de la libre empresa y la libre competencia económica, y no puede, per se, ser prohibida. Sin embargo, este derecho, como todos, no es absoluto y se halla limitado por dos circunstancias específicas, es decir que en este caso encontramos dos excepciones a la regla general:

La primera de ellas se configura cuando las prestaciones mercantiles estén amparadas por la ley. Esto se refiere a cuando se hallen amparados por derechos de exclusiva, marcas, patentes o derechos de autor que el Estado otorga a los titulares y que desvirtúa la libre imitación.

Cuando se habla de prestaciones mercantiles, se refiere a la segunda excepción de la regla general de la libertad de imitar dentro del mercado. Ésta se configura dentro de la ocurrencia de una imitación exacta y minuciosa de las prestaciones mercantiles de otro competidor que tenga la posibilidad de generar una confusión en el mercado o incluso involucre un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, es decir, que como resultado de la imitación, el imitador se aprovecha de los resultados del trabajo arduo del otro que se ha valido de su propio esfuerzo para lograrlo. Podemos entonces desde ya encontrar una conclusión y un punto diferenciador de esta causal de competencia que es la situación material del asunto, pues la imitación se refiere, como señala en inciso segundo, a la reproducción exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero,

y por prestaciones mercantiles se entiende el “resultado de la labor creativa del empresario destinada a la satisfacción de una necesidad dentro del mercado”<sup>81</sup>.

Es importante en este punto recalcar que la confusión a que se hace referencia en este caso como consecuencia de la imitación, se diferencia de la causal misma que se halla contenida en el artículo 10º de la ley, porque en este caso se trata de creaciones materiales y en el caso del artículo 10º hablamos de medios de identificación. Al respecto de esta aclaración, vale la pena anotar que en la práctica la posibilidad de relacionar la imitación con la confusión como consecuencia de esta, resulta un punto de debate importante, porque el hecho de que, como consecuencia de la imitación y de otros casos de competencia desleal, se despliegue la posibilidad o el efecto de crear confusión entre los consumidores respecto de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, no ha sido compartida por todos. En consecuencia existen dos posiciones que chocan dentro de la jurisprudencia. Por un lado se encuentra la Superintendencia de Industria y Comercio que, tras dejar en claro la diferenciación existente entre una y otra causal de competencia, advierte que en cuanto a su contenido o naturaleza, en el fondo tratan lo mismo. Este es el caso de la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de Noviembre de 2013, pues el ponente Francisco Melo Rodríguez señala textualmente lo siguiente:

---

<sup>81</sup> Sentencia de la superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 2012-217369. Año 2013. PELANAS S.A.S Vs VARIEDADES JOBA LI S.A. Ponente: Francisco Melo Rodríguez.

“En cuanto a su contenido o naturaleza, en el fondo, se trata de lo mismo. Supone la generación de unas condiciones suficientes para que un consumidor adquiriera un producto pensando que es otro, o, si percibiendo la diferencia entre productos, le atribuya un mismo origen empresarial o incluso en el evento en el que el consumidor, aunque entienda que se trata de empresas fabricantes diferentes, les atribuya a ellas una vinculación económica.”<sup>82</sup>

Por otro lado, hallamos la posición de la Corte Suprema de Justicia, que discrepa por completo, pues para ella no existe posibilidad alguna de que se pueda hablar de confusión como consecuencia de la imitación, ya que son completamente diferentes. Así, en sentencia de diciembre del año 2005, señaló lo siguiente: “Tampoco puede decirse que la imitación sea un acto que envuelva, esencialmente, confusión o que ineluctablemente tenga aptitud confusoria. Existe confusión, como es sabido, cuando un acto es idóneo para provocar en el consumidor error acerca de la procedencia de un producto o servicio que se ofrece en el mercado. Y al respecto es oportuno hacer dos puntualizaciones: la primera, que es suficiente que el producto tenga aptitud para confundir, así no se pruebe que la confusión realmente se produjo; y la segunda, que en tratándose de creaciones materiales, en línea de principio, el riesgo de confusión adquiere

---

<sup>82</sup> Sentencia de la superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 2012-217369. Año 2013. PELANAS S.A.S Vs VARIEDADES JOBA LI S.A. Ponente: Francisco Melo Rodríguez.

significado en cuanto concierna con el aspecto externo (las formas) del producto o el de su envase o envoltorio.”<sup>83</sup>

Esta diferenciación surge de un punto terminológico, y resulta pertinente en este caso nombrar lo que argumenta el profesor Pedro Portellano Diez, que si bien es un autor español, dicha ley de competencia española fue la fuente primaria de inspiración para la consolidación de la nuestra y además es un autor que ha sido citado numerosas veces por la jurisprudencia colombiana (Corte Suprema de Justicia y Superintendencia de Industria y Comercio) en temas de imitación:

“como ya se sabe, por ‘prestaciones’ ha de entenderse ‘creaciones’ y, en este caso, parece claro que el precepto se está refiriendo a la imitación del producto (o servicio) mismo y, por tanto, a la creación material. En esto se diferencia del artículo 6 LCD<sup>84</sup> que no se refiere a la imitación del producto mismo, sino a la de su signo distintivo, entendido este como un elemento bidimensional y claramente diferente de la creación misma”<sup>85</sup>. Este autor dedica todo un capítulo a desarrollar lo que él llama “la imitación de formas de productos”. Esta imitación no se califica por el nivel de intensidad en que se desarrolle, pues el carácter exacto y minucioso del que se refiere hace referencia a la reproducción cabal y completa que se detenga incluso en los aspectos más pequeños de la cosa a imitar. Por

---

<sup>83</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Ref. 4018. Año 2005. EDUARDOÑO Vs NICOLÁS BOLÍVAR GUERRERO ESTUPIÑÁN. Magistrado ponente: Pedro Octavio Múnar Cadena.

<sup>84</sup> Este artículo hace referencia a la causal de confusión dentro de la ley de competencia desleal española.

<sup>85</sup> Portellano, P. (1995). *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. Página 415 y ss.

ello, no se exige que el resultado de la labor de reproducción sea idéntico al objeto imitado, pues por el hecho de que existan algunas diferencias entre los productos, no se desvirtúa la imitación. Por ello, diría Portellano: “lo importante no es, en suma, el medio, sino el efecto. De esta manera cualquier tipo de imitación que, según las circunstancias, resulte idóneo para provocar confusión tendrá alojamiento dentro de la causal de imitación”<sup>86</sup>.

Como toda regla tiene su excepción, también vale la pena destacar los momentos en los que, necesariamente resulta natural que exista imitación. Este es el caso de los elementos técnico-necesarios, que a la luz de Portellano son aquellos que “resultan imprescindibles para la consecución del objetivo técnico que precisamente dicha forma busca”<sup>87</sup>. Estos elementos, por su naturaleza, resultan incapaces de ejercer o desempeñar una función distintiva, y por lo tanto no es idóneo para distinguir un producto de otros. “No puede ser ilícita la imitación de formas necesarias, pues de lo contrario se sustraería del acervo de formas disponibles aquéllas que no cumplen las condiciones establecidas en el Derecho de patentes y de modelos para la concesión de un derecho de exclusiva, lo que sin duda tendría un efecto altamente pernicioso sobre el proceso”<sup>88</sup>. En una ocasión, sentencia de Casación, la Corte Suprema de Justicia trajo este tema a análisis:

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág 417.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pág. 441.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág 442.

“...La cuestión, que aquí resulta descollante porque así aparece planteada desde los preludios del litigio, consiste en establecer si el demandado incurrió en un acto de competencia desleal generador de confusión o con idoneidad para causarla, simplemente por haber imitado cuestión que no se duda y que aparece radiante en el proceso) “la llamada parte útil de un bote, que es la fundamental para su navegabilidad”, es decir, las formas técnicas que son necesarias para obtener la adecuada navegabilidad del bote o, por lo menos, para hacerla más óptima.<sup>89</sup>”

Resultando este un tema complicado de tratar, la Corte citó a Portellano una vez más para acabar con el problema y con el debate que sobre los elementos técnico-necesarios se llevaba a cabo. Y es que resulta imposible que el desarrollo o la imitación de estos elementos pueda constituir o caer en un ilícito cuando el mismo elemento resulta indispensable para la creación de ciertos productos y servicios, como lo es, en este caso, la parte útil de un bote, que lejos de ser confuso para los consumidores no produce igualmente para ellos ningún tipo de perjuicio.

A pesar de que las posturas acerca de lo que acarrea una imitación han variado con el tiempo y con la jurisprudencia, hay algo que es cierto y en lo que todos convergen y es el punto al que se refiere de fondo: La imitación de

---

<sup>89</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Ref. 4018. Año 2005. EDUARDOÑO Vs NICOLÁS BOLÍVAR GUERRERO ESTUPIÑÁN. Magistrado ponente: Pedro Octavio Múnar Cadena.

prestaciones mercantiles se refiere a la creación puramente material, la creación formal es un tema que le compete a la confusión.



## LA CONFUSIÓN

Entrando en materia, la conducta desleal de la Confusión se encuentra prevista en el Artículo 10 de la Ley 256 de 1996, en el cual se señala que “*se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos*”<sup>90</sup>; pero esto, como dirían algunas personas, es sólo la punta del iceberg; vía jurisprudencial y doctrinal se ha ampliado mucho más este concepto tan breve proporcionado por la ley.

Si bien, la Ley contempla tres conductas (crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos) no se requiere que todas ellas se materialicen ni que coexistan. Con la comisión de siquiera una sola, quien se considere afectado por dicha conducta desleal, podrá interponer la acción que desee.

El autor Walter Frisch Philipp asegura que ocurre confusión cuando “*el contenido de un producto o mercancía se encuentra en otra como elemento integrante*”.<sup>91</sup> Aunque también cabe la definición dada por el Tribunal de Justicia Andino en el cual se afirma que la Confusión es “[...]la falta de claridad para poder elegir un bien de otro, a la que puedan ser inducidos los consumidores por no

---

<sup>90</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 10°.

<sup>91</sup> Frisch, W. (2000). *Competencia Desleal. 2ª edición, Vol. II*. México D.F. Editorial Oxford University Press. Pág. 71 y ss.

*existir en el signo la capacidad suficiente para ser distintivo”*<sup>92</sup>

Con la tipificación de actuaciones que generen confusión, se busca salvaguardar la capacidad volitiva (de decisión) del consumidor al momento de elegir el bien o servicio de su preferencia. Éste se proyecta sobre los medios de identificación empresarial como signos distintivos y elementos que permiten establecer el origen de una prestación mercantil y distinguirla de otras que concurren en el mercado<sup>93</sup>.

Algunos ejemplos de actuaciones que pueden generar confusión podrían ser: *“[...] el color característico, la forma específica de los camiones de una empresa, la vestimenta de sus trabajadores, o una señal propia fijada en los mencionados trajes o vehículos, o en la decoración de sus locales y vitrinas”*<sup>94</sup>.

Considera el mencionado autor que esta conducta le atribuye una ventaja inmerecida frente al concurrente, ya que *“este último perdería su clientela, ocasionando posiblemente más ventas de la mercancía de menor calidad de la competencia y también perjudicar el prestigio del concurrente que vende artículos similares, en su apariencia, pero de mejor calidad”*<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 1 de septiembre de 2004. Proceso 85-IP-2004. Marca: “DIUSED JEANS”.

<sup>93</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 11033177. Año 2012. UNIGAS S.A Vs ROSCOGAS S.A. Ponente: Adolfo León Varela Sánchez.

<sup>94</sup> Frisch, Óp. Cit. Pág. 78

<sup>95</sup> Ibídem.

Con lo anteriormente expuesto, se concluye que la confusión se predica sobre las propiedades exteriores de los productos. Esta es una de las grandes diferencias con respecto a la conducta desleal de la imitación.

La autora Laura Sánchez Sabater ha afirmado con respecto a la tutela que ejerce el acto de Confusión que este protege la libertad del consumidor de “(...) *Preferir un producto a otro sólo por la confianza que le reporta la marca o la empresa vendedora, a la que asocia un determinado status de calidad o prestigio y que hace que incluso esté dispuesto a pagar un precio superior al del resto de productos*”<sup>96</sup>

Entonces, esta conducta desleal no busca la tutela del signo distintivo. Incluso, señala la jurisprudencia que, el uso de un signo distintivo ajeno, no será desleal. Lo será cuando éste se utilice como medio o instrumento para lograr el efecto que la ley pretende reprimir.<sup>97</sup>

Es más, una conocida estrategia de *marketing* denominada “seguimiento al líder”, consiste en imitar las características de cierto producto que se encuentra bien posicionado en el mercado, con el fin de “[...] *comunicar a los consumidores que el producto que ofrece satisface las mismas necesidades que el del líder y*

---

<sup>96</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 05066347. Año 2012. Bayer S.A Vs Tecnoquímicas S.A

<sup>97</sup> *Ibíd.*

*que, en esa medida, es un sustituto del mismo y una opción alterna de compra”*<sup>98</sup>.

Es entonces uno de los deberes del juzgador delimitar la estrategia de marketing de la conducta desleal.

La Confusión utiliza indebidamente la “conciencia arraigada” adquirida por otro producto por medio de estrategias publicitarias, avisos y señales. Esta es la capacidad que tienen los consumidores para recordar un bien o servicio debido a la efectividad de los medios usados para posicionarlos en el mercado.<sup>99</sup>

## **1. Clasificación**

### 1.1. Doctrinal

#### 1.1.1. Confusión en sentido estricto

Pueden presentarse dos casos:

##### 1.1.1.1. Confusión Inmediata

Se da en los casos en los que el consumidor confunde el origen empresarial de los dos signos identificándolos.

##### 1.1.1.2. Confusión mediata

Se presenta en los casos que el consumidor aprecia diferencias entre los signos pero los asocia con un mismo origen empresarial.

#### 1.1.2. Confusión en sentido amplio

---

<sup>98</sup> Lambin, J. J. (2003) Marketing Estratégico Tercera Edición. Madrid, España. Editorial ESIC. Pág. 321.

<sup>99</sup> Frisch, W. (2000). *Competencia Desleal. 2ª edición, Vol. II*. México D.F. Editorial Oxford University Press. Pág. 71 y ss.

Se da en los eventos en que el consumidor distingue los signos y los asocia con un origen empresarial diferente, pero debido a la similitud de los signos considera que entre ambos existe alguna conexión de carácter económico o jurídico.<sup>100</sup>

## 1.2. Jurisdiccional

### 1.2.1. Confusión Directa

Eventos en los cuales el consumidor compra un producto pensando que es otro.

### 1.2.2 Confusión Indirecta

Eventos en los cuales el consumidor reconoce la diferencia entre los productos y su origen empresarial, pero por algún motivo considera que ambas empresas pertenecen al mismo grupo empresarial o tienen vínculos comerciales<sup>101</sup>; en otras palabras, el consumidor no distingue plenamente la procedencia empresarial de cada signo y por esta razón le da un origen común

### 1.2.3 Confusión Visual

Se refiere a los aspectos ortográficos o de forma; como indica su nomenclatura, aquello que podemos percibir por medio de nuestra vista. (productos que se ven similares).

### 1.2.4 Confusión Auditiva

---

<sup>100</sup> Llobregat, M.L. (2002). *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid, España. Editorial la Ley. Pág. 435 y ss.

<sup>101</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 8094627. Año 2011. Ponente: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

Como lo indica su nombre, es todo aquello que percibimos por nuestros oídos. Se refiere a la perspectiva sonora que pueda tener el consumidor en relación con cierto producto o marca (dos productos que se ven distintos pero suenan similares).

#### 1.2.5 Confusión Ideológica

Esta no comprende la percepción del consumidor, sino que se refiere a la comprensión o significado de la expresión, ya sea denominativa o gráfica.<sup>102</sup>

Para instaurar las acciones previstas en la ley no es imperativo que la conducta se materialice. Con el simple riesgo de confusión pueden instaurarse las acciones pertinentes. Para valorar el éste riesgo debe hacerse desde un sentido objetivo y existirá cuando las personas de inteligencia media puedan ser sujetos pasivos del acto desleal de Confusión; para ello, el Tribunal de Justicia Andino señala que debe hacerse un Análisis de Confundibilidad de los signos distintivos, el cual busca [...] *determinar si los actos imputados a la parte demandada, en relación con un competidor determinado, generan confusión en el público consumidor respecto al establecimiento, los productos o la actividad industrial*”.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Proceso 48-IP-2004, citando al Proceso 13-IP-97, publicado en la G.O.A.C. N° 329, de 9 de marzo de 1998, marca: “DERMALEX”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>103</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 149 IP 2007

La distintividad es una característica que se encuentra muy relacionada con el riesgo de confusión; esta hace referencia a la capacidad que tienen los bienes y servicios de individualizarse y distinguirse de los otros que compiten en el mercado; esto es lo que le permite al consumidor tener la claridad del producto a escoger y de su procedencia empresarial. Cuando el producto no goza de esta característica, se tiene que puede, potencialmente, significar un riesgo de confusión o de asociación.

La Comunidad Andina ha expresado la necesidad de no registrar aquellos productos con poca distintividad, o que se asemejen a una marca anteriormente registrada; esto se debe a que, a mayor similitud entre productos que concurren en el mercado, mayor es la posibilidad de que el consumidor incurra en error.<sup>104</sup>

Resulta muy común relacionar el riesgo de confusión con el riesgo de asociación. El riesgo de asociación se refiere a *[...] la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencie las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica.*<sup>105</sup> Esta se encuentra inmersa en el riesgo de confusión, el cual abarca las posibilidades de confusión directa e indirecta (riesgo de asociación).

---

<sup>104</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 30 IP 2011

<sup>105</sup> Proceso 70-IP-2008, marca denominativa "SHERATON", publicado en la Gaceta Oficial N° 1648, de 21 de agosto de 2008

El Tribunal de Justicia Andino, en su providencia 109 IP del año 2002, presentó los supuestos entre los cuales puede surgir confusión. Estos son: *”(i) que exista identidad entre los signos en disputa y también entre los productos o servicios distinguidos por ellos; (ii) o identidad entre los signos y semejanza entre los productos o servicios; (iii) o semejanza entre los signos e identidad entre los productos y servicios; (iv) o semejanza entre aquéllos y también semejanza entre éstos”*<sup>106</sup>.

Para interponer una acción prevista por la Ley 256 de 1996 en contra del acto de Confusión, la vía jurisdiccional aconseja: (i) *“tener en cuenta los canales de comercialización, como las condiciones en las que los consumidores adquieren los productos; (ii) la publicidad empleada para comercializar los productos; (iii) la similitud o diferencias que existen con las presentaciones o empaques del producto”*.<sup>107</sup>

El cumplimiento de estas reglas acercan al extremo demandante a la prosperidad de sus pretensiones.

---

<sup>106</sup> Proceso 82-IP-2002, publicado en la G.O.A.C. N° 891, de 29 de enero de 2003, marca: “CHIP’S”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

<sup>107</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 12103327. Año 2013. Ponente: Felipe García Pineda.

## 2. Cotejo Marcario

El cotejo Marcario es una técnica adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Superintendencia de Industria y Comercio, para evaluar el nivel de similitud entre productos, marcas o signos. Para lograrlo este objetivo, esta técnica expone cuatro reglas, que son:

- Primera Regla: *“La comparación, debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto marcario, es decir, cada signo debe analizarse con una visión de conjunto, teniendo en cuenta su unidad ortográfica, auditiva e ideológica.*
- Segunda Regla: *En la comparación, se debe emplear el método del cotejo sucesivo, es decir, se debe analizar un signo y después el otro. No es procedente realizar un análisis simultáneo, ya que el consumidor no observa al mismo tiempo las marcas, sino que lo hace en diferentes momentos.*
- Tercera Regla: *Se debe enfatizar en las semejanzas y no en las diferencias, ya que en estas últimas es donde se percibe el riesgo de confusión o de asociación.*
- Cuarta Regla: *Al realizar la comparación, es importante tratar de colocarse en el lugar del presunto comprador, pues un elemento importante para el*

*examinador, es determinar cómo el producto o servicio es captado por el público consumidor”.* <sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 90-IP-2009

## LINEA JURISPRUDENCIAL

	En los actos de imitación (Contenido en el artículo 14 de la ley 256 de 1996) y de confusión (Contenido en el artículo 10º de la ley 256 de 1996) generadores de competencia desleal, concurren, los mismos elementos para su interpretación y aplicación?	
<p><b>Sí</b></p> <p>En tanto concurren en los mismos elementos para su interpretación y aplicación</p>	<p>03035095 de 2005</p> <p><b>4018 de 2005 (hito)</b></p> <p>04091692 de 2006</p> <p>310592 de 2007</p> <p>4088800 de 2009</p> <p>056007 de 2010</p> <p>04120579 de 2010</p> <p>07028968 de 2011</p> <p>03040611 de 2011</p> <p>03059574 de 2011</p> <p>05027040 de 2011</p> <p>07098074 de 2011</p> <p>8094627 de 2011</p> <p>07037872 de 2012</p> <p>12004679 de 2012</p>	<p><b>No</b></p> <p>En tanto no concurren en los mismos elementos para su interpretación y aplicación</p>

		05066347 de 2012
		10137742 de 2012
		11033177 de 2012
	030006455 de 2012	
		10133564 de 2012
	1205005 de 2012	
	<b>2012217369 de 2013 (hito)</b>	
		176-IP-2013
		234-IP-2013
		2012159369 de 2013
		12103327 de 2013
		12208181 de 2013
		12072211 de 2014
	13111832 de 2014	

Gráfica 2 Línea Jurisprudencial de Confusión e Imitación.

Gráfica 3 Línea  
Jurisprudencial del acto  
desleal de Confusión

	<p>¿La reproducción exacta de signos distintivos es causal suficiente para endilgar la deslealtad del acto por confusión (contenida en el artículo 10 de la Ley 256 de 1996?)</p>	
<p><b>Sí</b></p>	<p>26-IP-1996</p> <p>49-IP-2001</p> <p>149-IP-2003</p> <p>3104203 de 2005</p> <p>1107459 de 2007</p> <p>2046792 de 2007</p> <p>02087148 de 2007</p> <p>03102960 de 2008</p> <p>11001-03-24-000-2003-00111-01 de 2009</p> <p>03081969 de 2011</p> <p>04060765 de 2011</p> <p>5065310 de 2011</p> <p>08027971 de 2011</p> <p>11179102 de 2011</p> <p>12082710 de 2012</p> <p>129-IP-2013</p> <p>66-IP-2013</p> <p>12153459 de 2013</p> <p>66-IP-2014</p> <p>14085668 de 2014</p> <p>11001-03-24-000-2006-00084-00 de 2014</p>	<p><b>No</b></p>

	¿El acto desleal de imitación (Contenido en el artículo 14 de la ley 256 de 1996) comprende una confusión en cuanto a las creaciones formales?	
<b>Sí</b>	<p>03081970 de 2006</p> <p>706599 de 2011</p> <p>04026138 de 2011</p> <p>6086230 de 2011</p>	<b>No</b>

Gráfica 4 Línea Jurisprudencial sobre el acto de Imitación

<b>Convenciones</b>
<p>Superintendencia de Industria y Comercio</p> <p>Corte Suprema de Justicia</p> <p>Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina</p> <p>Consejo de Estado</p>

Gráfica 5 Convenciones para ser aplicadas a todas las líneas

## FUNDAMENTACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

El propósito de este trabajo se materializa en la realización de una línea jurisprudencial que permita concluir cuales son los elementos de existencia internos y externos a la norma y la diferenciación de los actos desleales.

Como primer punto es de relevancia mencionar o hacer referencia a las sentencias hito. La sentencia N° 4018 de 2005 de la Corte Suprema de Justicia, cuyo ponente fue el Magistrado Pedro Octavio Múñar Cadena, es considerada en este estudio como sentencia hito porque le dio un nuevo alcance a la definición de cada una de las causales en mención (confusión e imitación) y de allí en adelante, entes como la Superintendencia de Industria y Comercio o el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la toman como referente para poder dictar sus fallos. Esta sentencia se refiere al caso EDUARDO LONDOÑO E HIJOS SUCESORES LTDA. “EDUARDOÑO Vs. NICOLÁS BOLÍVAR GUERRERO ESTUPIÑÁN. En este caso, el demandante (EDUARDOÑO) alega que el demandado ha venido creando e introduciendo en el mercado botes copiados de sus modelos, creando en el público consumidor confusión acerca del origen del producto y es por esto que la demandante ha sufrido un “indebido desplazamiento de su clientela”. La primera instancia negó las pretensiones de la sociedad demandante y esta decisión fue apelada por ambas partes.

En segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, expresó que no es posible que exista un acto de competencia desleal, toda vez que por el hecho que de vez en cuando se produzcan botes con características similares no se configura la causal, pues no es a gran escala o inspirada en crear confusión en el público consumidor. Así mismo señaló: “No puede hablarse de que porque un artesano con fundamento en un molde de un bote de una empresa demandante, haya producido de vez en cuando otros botes de igual dimensión, pero sin las características, calidad y distintivos de aquél, haya incurrido en competencia desleal por crear confusión con su competidor...”.<sup>109</sup>

En demanda de casación, expuso el demandante que el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, desconoció la calidad de comerciante que ostentaba el demandado y que exigía la ley para ser objeto de esta conducta, incurriendo en un error de hecho. También alega que, al respecto de lo que sostuvo el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, acerca del hecho que dentro de una política de sana competencia es difícil que no haya copia de ciertas estructuras de botes o vehículos, la recurrente adujo que ello es así “siempre y cuando sea con esfuerzo propio y no aprovechándose del ajeno”. Alegó también que el Tribunal ignoró el grado de culpabilidad de la conducta, pues el éste sólo se refirió a que la conducta no fue dolosa y por ello tampoco podría presentarse, ignorando que para

---

<sup>109</sup> Sentencia 4018 de 2005. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Múnar Cadena

que se configure una causal de competencia desleal también cabe la posibilidad de que esta se realice culposamente.

Resulta importante retomar varias consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en este caso. Como primer punto, señala que la regulación de la competencia desleal está enmarcada dentro de unos parámetros de sana competencia, que permite la existencia de un mercado competitivo para aumentar el desarrollo económico del país dentro de los parámetros de acceso al mercado y de eficiencia a él mismo.

Entrando a analizar el caso de la exclusividad, conviene citar a la Corte Suprema de Justicia en este aspecto: “Cuando no existen, o han expirado, derechos de exclusividad derivados de la propiedad industrial, no es posible prohibir, meramente por ser tal, la imitación de una prestación mercantil, habida cuenta que, de un lado, se tornaría inútil la regulación relativa a la concesión de los derechos de exclusividad, que suele ser de carácter temporal y restrictiva en la materia, para dar cabida, por vía de una supuesta prohibición derivada de los supuestos mandatos de competencia desleal, a una protección “superlativa y perpetua”, con la concerniente formación de monopolios no sólo no amparados por la ley, sino, en principio, repudiados por ella”<sup>110</sup>. Así mismo, se pondría en riesgo la seguridad jurídica, pues los competidores no sabrían a qué atenerse, ya que la regla general señala que “una creación puede ser libremente imitada a

---

<sup>110</sup> *Ibidem*.

menos que goce de un derecho de exclusividad”<sup>111</sup>. Para ser un poco más claros, si bien es posible imitar prestaciones ajenas dentro de los parámetros señalados por la ley, no es posible confundir al consumidor respecto del origen de esos productos. Es decir, es posible imitar pero NO cuando tenga la posibilidad de confundir.

Señala el máximo tribunal, en otro punto, una diferenciación de estos dos institutos de la confusión e imitación, pues de ninguna manera resulta viable señalar que de uno se desprenda el otro. Citaremos a la Corte Suprema de Justicia la cual concreta: “Tampoco puede decirse que la imitación sea un acto que envuelva, esencialmente, confusión o que ineluctablemente tenga aptitud confusoria. Existe confusión, como es sabido, cuando un acto es idóneo para provocar en el consumidor error acerca de la procedencia de un producto o servicio que se ofrece en el mercado. Y al respecto es oportuno hacer dos puntualizaciones: la primera, que es suficiente que el producto tenga aptitud para confundir, así no se pruebe que la confusión realmente se produjo; y la segunda, que en tratándose de creaciones materiales, en línea de principio, el riesgo de confusión adquiere significado en cuanto concierna con el aspecto externo (las formas) del producto o el de su envase o envoltorio.”<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> *Ibidem.*

<sup>112</sup> *Ibidem*

Por ello, se ha precisado qué tipo de creaciones hacen referencia a una u otra causal, señalando que para que pudiera presentarse imitación, necesariamente debía referirse a las “creaciones materiales” y para que pudiera hablarse de confusión, debía serlo sobre las “creaciones formales”. Por ello la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “Teniendo como derrotero los criterios anteriormente asentados, aborda la Corte la exploración de la cuestión atrás enunciada, esto es, la concerniente con que pueda calificarse la imitación de una prestación comercial como esencialmente desleal, ora por tratarse de un acto “parasitario” de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, ora por constituir, en sí mismo, un acto de confusión o, en fin, en una conducta indebida de desviación de la clientela. Independientemente de que las reglas que van a sentarse, o por lo menos algunas de ellas, sean o no valederas para toda clase de creaciones, considera la Sala necesario puntualizar a manera de prolegómeno que el examen que en esta providencia se emprende, tiene como supuesto, dadas las particularidades del caso, que el objeto de la imitación en cuestión es una ‘creación material’, vale decir, una prestación encaminada a resolver o mejorar la satisfacción de una necesidad o una fruición de los consumidores. Como es sabido, a las creaciones materiales se oponen las ‘creaciones formales’, que están enderezadas no a la satisfacción de necesidades técnicas o estéticas de las personas, sino a diferenciar, mediante los signos distintivos pertinentes, las distintas ofertas de quienes concurren al mercado”<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> *Ibidem*.

Esta sentencia ayuda a plantear y señalar de fondo los escenarios en los cuales se configura la existencia de una u otra causal de competencia desleal, a saber, confusión o imitación. Uno de los escenarios es el de la imitación de los elementos técnico-necesarios. En este caso y al respecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como el autor Pedro Portellano Díez, comparten la postura estudiada en su libro “La imitación en el Derecho de Competencia Desleal” en el cual señala lo siguiente: “...sobre los elementos técnico-necesarios, se ha dicho que son aquellos elementos que resultan imprescindibles para la consecución del objetivo técnico que precisamente dicha forma busca. De manera casi unánime se considera que es libre la imitación de los elementos de una forma que sean técnico – necesarios. La razón de la libre imitabilidad de las características y elementos técnicamente necesarios no estriba en el hecho de que no puedan ser reconocidos en el mercado como procedentes de un concreto competidor y que, por esa razón, no sea conceptualmente posible que su imitación provoque confusión... Pues bien, la razón de que se niegue a una forma técnicamente necesaria la registrabilidad como marca – y, subsiguientemente, la deslealtad de su imitación – es que lo contrario provocaría la posibilidad de proteger una forma circunvalando los requisitos, formales y materiales, y los límites a la protección establecidos en el Derecho de patentes y de modelos de utilidad... No puede ser ilícita la imitación de formas necesarias, pues de lo contrario se sustraerían del acervo de formas disponibles aquéllas que no cumplen las condiciones establecidas en el Derecho de patentes y de modelos para la concesión de un

derecho de exclusiva, lo que sin duda tendría un efecto altamente pernicioso sobre el progreso”<sup>114</sup>. (Pedro Portellano Diez. Ídem, pág. 441)

Después de analizar todo lo dicho por la Corte, resulta pertinente dar una conclusión sobre toda la situación que al respecto se presenta: Si bien es posible imitar las prestaciones mercantiles cuando no existen o han expirado los derechos de exclusividad (dentro de los límites permitidos por la ley), no es posible confundir al público consumidor respecto de los orígenes de dicho producto.

En el desarrollo de esta línea hemos encontrado dos posturas diferentes como respuesta al problema jurídico planteado. Ya hemos visto la primera postura que fue adoptada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la 4018 de 2005, que señala que efectivamente entre los actos de imitación y confusión como generadores de competencia desleal NO concurren los mismos elementos para su interpretación y aplicación. Ahora bien, la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de radicado N° 2012217369 del año 2013 cuyo ponente es el señor Francisco Melo Rodríguez, cambia por completo esta concepción ya que considera que “en el fondo se refieren a lo mismo”. El accionante en este proceso es PELANAS S.A que demanda a la sociedad VARIEDADES JOBA LI S.A. La sociedad demandante es productora y comercializadora de, entre otros productos, del muñeco denominado “Gorila Simón”, respecto del cual ostenta derechos de

---

<sup>114</sup> Portellano, P. (1995). *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid, España. Editorial Civitas S.A. Página 415 y ss.

propiedad intelectual. La sociedad demandada comercializó un producto casi idéntico a éste. Por ello, señala la demandante, se presentan actos desleales de confusión y de imitación.

La sociedad demandada se opuso a la demanda argumentando que, aun cuando comercializa este muñeco, no tenía conocimiento de la existencia previa de comercialización y producción por parte de la demandante ni del derecho de exclusividad que recaía sobre esta. Igualmente argumenta que no existe una imitación exacta y minuciosa pues físicamente el producto es diferente, presenta características físicas diferentes (pues el pelaje es un poco más oscuro y la marquilla dice otra cosa) y va dirigido a un público diferente. También señala, en su defensa, que él no produce el producto, sino que simplemente lo comercializa, por lo que debía demandarse al productor directamente, en China.

Al respecto de los actos que la sociedad demandante alega que se producen, empieza el despacho a hacer análisis de la causal de Imitación. Señala que la imitación tiene por objeto las prestaciones mercantiles definidas como “el resultado de la labor creativa del empresario destinada a la satisfacción de una necesidad en el mercado”. La imitación, a pesar de que goza de libertad y amparo por el ordenamiento jurídico, tiene dos excepciones o límites que son:

- a)** Cuando las prestaciones mercantiles se hallan protegidas por derechos de exclusiva, por derechos de autor o de propiedad industrial.

**b)** Cuando se desarrolla en condiciones que le atribuyan una connotación desleal. Al respecto de ésta, existen dos requisitos que son, primero, el carácter exacto y minucioso de la imitación, que se refiere a la reproducción cabal y completa que se detenga incluso en los aspectos más pequeños de la cosa a imitar. Por ello, señala el despacho, “no se exige que el resultado de la labor de reproducción sea idéntico al objeto imitado”, pues el hecho de que existan pequeñas diferencias, en contexto se nota claramente que los productos han sido imitados, es decir, no se desvirtúa el carácter idéntico del producto que se imita. Como segundo requisito hace referencia a que la imitación genere confusión. Resalta la sala que, la confusión a que se refiere la imitación como consecuencia de ella, no hace referencia a la confusión tratada en el artículo 10º de la ley 256 de 1996, pues ésta se refiere a creaciones materiales, y aquella se refiere a los medios de identificación, que, por cómo se ha manejado el análisis probatorio, también se configura en este caso.

Nos permitimos ahora citar al superintendente en el momento en que establece que ambas causales son “en el fondo lo mismo”, pues si bien señala que la confusión del artículo 10º es a grandes rasgos diferente a la que se hace referencia dentro de la imitación, señala que “en cuanto a su contenido o naturaleza, en el fondo se trata de lo mismo. Supone la generación de unas condiciones suficientes para que un consumidor adquiriera un producto pensando que es otro o, si percibiendo la diferencia entre productos, le atribuya un mismo

origen empresarial, o, incluso en el evento en el que el consumidor aunque entienda que se trata de empresas fabricantes diferentes, les atribuya a ellas una vinculación económica”<sup>115</sup>.

Siguiendo por la línea cuya respuesta fue negativa al problema jurídico acerca de si era posible considerar que entre el acto de imitación y el acto de confusión generadores de competencia desleal concurren los mismos elementos para su interpretación y aplicación, encontramos la sentencia N° 03035095 del año 2005. Ésta, fue ubicada en el polo negativo debido a la diferenciación que presenta entre los dos tipos de competencia desleal, señalando con respecto al acto desleal de confusión que el mismo se materializa cuando la conducta del actor “puede producir en los receptores de la misma una mezcla de identidades (confusión en sentido estricto), o cuando puede llevar a dichos receptores a considerar que entre la persona que realiza el acto y otra empresa o establecimiento, existe una vinculación o una relación comercial que lleve al consumidor a pensar que los productos, servicios o marcas de quien genera la confusión son elaborados o se encuentran bajo la responsabilidad de la persona o sociedad con la cual la confusión se genera (confusión en sentido amplio)”<sup>116</sup>. Con respecto al acto desleal de imitación, señala que éste aparece no sólo cuando “se aprecia en la prestación o iniciativa mercantil un alto grado de similitud frente a las cualidades o

---

<sup>115</sup> Sentencia N° 2012217369 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Francisco Melo Rodríguez.

<sup>116</sup> Sentencia N° 03035095 de 2005. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Jairo Rubio Escobar.

características de la prestación o iniciativa, sino también cuando la imitación, en vez de detenerse exclusivamente en esas características, se realiza con una intensidad o frecuencia marcada<sup>117</sup>. Tal postura reitera la necesidad de establecer que la imitación sea minuciosa y sistemática para que pueda aducirse ésta como causal de competencia desleal.

En este mismo polo negativo se pueden ubicar igualmente otras sentencias emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio como la sentencia N° 310592 del año 2007, la N° 07028968 del año 2011 y la sentencia N° 03059574 del mismo año. Se hace referencia puntual a estas providencias ya que en ellas se hace una clara distinción entre los actos desleales de imitación y de confusión.

La sentencia N° 310592 de 2007 resulta importante, no sólo por la definición de cada una de las conductas desleales, sino porque afirmó que el hecho de que un ex trabajador de cierta compañía decida empezar su propio negocio con las experiencias laborales adquiridas en el pasado no significa que éste incurra en actuaciones desleales. Con respecto al acto desleal de confusión, afirma la sala que “es un acto que busca desorientar al consumidor sobre las actividades, prestaciones mercantiles y establecimiento ajeno. No se requiere la coexistencia de todas las conductas, sino que con la comisión de una de ellas se puede demandar la deslealtad de la conducta. Con este actuar determinado se genera un

---

<sup>117</sup> *Ibidem*.

juicio equívoco al elegir una oferta de bienes o servicios”<sup>118</sup>. Con respecto al acto desleal de imitación, se afirmó que éste en principio es libre, que “se encuentra prohibida cuando se busque copiar de forma exacta y minuciosa lo que se encuentra protegido por la ley. Se define la Imitación Sistemática, en la cual el imitador reproduce las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor y este se halla encaminado o se dirige a impedir u obstaculizar la afirmación del competidor en el mercado y excede la respuesta natural del mercado”<sup>119</sup>.

La sentencia N° 07028968 del año 2011, por su parte señaló que el acto desleal de imitación “se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material)”<sup>120</sup>, por el contrario, el acto desleal de confusión busca garantizar la capacidad volitiva y decisoria del consumidor. Esta es definida como “un error sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios” que se le ofrecen, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la

---

<sup>118</sup> Sentencia N° 310592 de 2007. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Jairo Rubio Escobar.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Sentencia N° 07028968 de 2011. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

conducta en cuestión para confundir”<sup>121</sup>. Esto implica tanto la confusión directa (el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro) como la confusión indirecta (el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas empresas).

La sentencia N° 03059574 del año 2011 hace una breve definición de ambas conductas señalando que la imitación “se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, (creación material)”;

mientras que el objeto del acto desleal de confusión “está constituido por los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos (creación formal).”<sup>122</sup>

En sentencia N° 11033177 de la Superintendencia de Industria y Comercio del año 2012, la manera en que describe una y otra causal se centra en la diferenciación de los dos actos. Señala así el despacho: “Con respecto a la conducta desleal de Imitación, se reitera que la imitación versa sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas (sobre el producto o servicio en sí mismo); mientras que el acto desleal de Confusión se proyecta sobre los medios de identificación empresarial (signos distintivos y elementos que permiten establecer el origen empresarial de una prestación mercantil y distinguirla

---

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Sentencia N° 03059574 de 2011. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

de otras que concurren en el mercado).”<sup>123</sup> Así, de la misma manera lo argumenta la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencia de referencia N° 10133564 del año 2012: “Con respecto al acto desleal de imitación, recuerda la sentencia que esta recae sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas y que la principal diferencia con el acto desleal de confusión es que esta última recae sobre los signos distintivos y aquellos elementos que permitan establecer el origen empresarial del bien o servicio. Considera la sala que la conducta no se materializó ya que el demandado no indujo en error a los consumidores sobre las prestaciones mercantiles, sino sobre los medios formales.”<sup>124</sup> Igualmente lo hizo así el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentencia de referencia N° 176-IP del año 2013: “Al respecto de una y otra causal, el Tribunal establece una diferencia. Sobre el acto desleal de confusión, señala que es aquél capaz de generar confusión en el público consumidor respecto del establecimiento o la actividad industrial de un competidor. Es decir, es la utilización de un signo distintivo ajeno para hacerlo pasar como propio, constituyendo así un acto de competencia desleal por confusión. Al respecto de la imitación, aclara que es aquél en el que se utiliza o copia las características de un producto o servicio (el producto, lo material), generando un riesgo de confusión o de asociación en el público consumidor del producto por otro”<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Sentencia N° 11033177 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Adolfo León Varela Sánchez.

<sup>124</sup> Sentencia N° 10133564 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Adolfo León Varela Sánchez.

<sup>125</sup> Interpretación Prejudicial N° 176 del año 2013. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Magistrada Ponente: Cecilia Ayllón Q.

En cuanto a las sentencias que se encuentran en la parte central de la línea, estas son, las que no se aproximan a ningún polo, son aquellas que no se limitan a afirmar que entre una y otra causal se aprecian diferencias pero tampoco arguyen que tengan semejanzas. Como primera de ellas encontramos la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de referencia N° 4088800 de 2009, pues el despacho no estableció las diferencias concretas entre una y otra causal. Simplemente se limitó a establecer que no existió un acervo probatorio suficiente que permitiera inferir que la sociedad demandada (Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A) efectivamente hubiese querido actuar de manera desleal o hacer incurrir al público en algún error frente al establecimiento de comercio o con respecto a los productos o servicios ofrecidos. En conclusión, esta sentencia no igualó ni diferenció las causales, pues su análisis se basó en el tema estrictamente probatorio.

Así mismo, se puede apreciar en la parte central, la sentencia N° 0412579 del año 2010. Su ubicación obedece a que, a diferencia de aquellas que se encuentran en el extremo negativo de la línea, esta sentencia no hace una diferenciación clara entre ambas causales de competencia desleal, solamente se limita a referirse sobre las pretensiones de la accionante; sobre el acto de confusión, considera que la parte demandada “no pudo generar confusión entre el público ni el aprovechamiento de la reputación de la accionante, de modo que un potencial comprador pudiera adquirir el producto de la demandada pensando que

era el de aquella sociedad extranjera”<sup>126</sup>. Con respecto a la imitación, señaló que simplemente ésta pretensión no fue debidamente probada y por esta razón no estaba llamada a prosperar.

Por su parte, la sentencia N° 056007 del año 2010 se ubicó en la “sombra positiva” (aproximándose al sí) debido a que en cierto momento el ponente hace una equivalencia entre ambas conductas. En el caso en cuestión se encuentran en disputa la Comercializadora Gonlo Limitada y la Industria Colombiana del Café, ya que, según la actora, la parte demandada incurrió en actuares desleales por la semejanza entre su producto, café “Sello Azul” y el producto de la demandada café “Sello Rojo”. La sala señala que la conducta desplegada por el extremo demandado es constitutiva del acto desleal de confusión “debido a las notorias semejanzas que guarda con la del café "Sello Rojo" de la accionante y por las especiales condiciones que se manifestaron en este caso. En relación con la naturaleza, destinación y comercialización de dichos productos, debe considerarse idónea para que los consumidores atribuyeran a los dos artículos mencionados un mismo origen empresarial en la Industria Colombiana de Café S.A., de manera tal que el café "Sello Azul" pudiera ser considerado como una innovación en la gama de productos de esa sociedad mercantil”<sup>127</sup>. Sobre el acto desleal de imitación, la sala señala que éste también se configuró “puesto que se probó que la ahora

---

<sup>126</sup> Sentencia N° 0412579 de 2010. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

<sup>127</sup> Sentencia N° 06007 de 2010. Superintendente de Industria y Comercio. Superintendente: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo.

demandada reprodujo, en la presentación comercial de su café "Sello Azul", los elementos formales con que el café "Sello Rojo "es ofrecido a los consumidores - destacados en el numeral inmediatamente anterior-, de manera tal que, como ha quedado explicado suficientemente, se generó entre el público un riesgo de confusión indirecta en relación con los dos productos en comento"<sup>128</sup>. El motivo principal de ubicar esta sentencia aproximándose hacia el sí es precisamente por esta última aseveración hecha por la sala, al atribuirle al acto desleal de imitación un riesgo de confusión indirecta, siendo esta una de las clases de confusión y la cual hace parte de una esfera ajena a la de la imitación.

También referenciamos la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de N° 030006455 del año 2012, en la cual el despacho concluye que "respecto del acto desleal de confusión, la única semejanza que se aprecia es la utilización del logo "Expreso Bolivariano" y que esto no tiene fuerza suficiente para ocasionar que un consumidor adquiriera los servicios que prestan las demandadas pensando que se trata de los que ofrece la actora ni que se les atribuya ningún tipo de vinculación"<sup>129</sup>, estableciendo que el consumidor cuenta con elementos suficientes para diferenciar uno y otro servicio. Con respecto al acto de imitación, señala el despacho que esta pretensión no puede prosperar pues, cada empresa tiene el objetivo de transportar pasajeros y para identificarse dentro del mercado cuentan con una imagen, colores y tipo de letra diferente al de la sociedad

---

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Sentencia N° 030006455 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Adolfo León Varela.

demandante. Al argumentar el despacho que la sociedad demandada cuenta con una “imagen, colores y tipo de letra diferente”, nos permite inferir que es un análisis de la marca que vende al público. Es decir, es un análisis sobre los aspectos visuales de la marca, tales como sus colores, la imagen, el tipo de letra, refiriéndose a un tipo de confusión como lo es la visual. Es por ello que, en este caso, si bien no establece la Superintendencia que una y otra causal sean lo mismo, en el análisis de fondo para motivar su decisión si pareciera que se estuviesen comparando, pues si hablamos de imitación y así mismo nos referimos de la imagen, tipo de letra y colores de una marca que se proyecta, estaríamos haciendo referencia a la confusión, y no a la imitación, pues se habla de marca, de insignias comerciales, y no de las prestaciones mercantiles a que hace referencia el acto desleal de imitación.

Ahora, en el polo positivo de la línea jurisprudencial pueden apreciarse tres sentencias, una de ellas es la hito, que ya ha sido abarcada, y las sentencias N° 1205005 de 2012 y N° 13111832 del año 2014.

Aquellas sentencias que se encuentran en el polo afirmativo son las que igualan las conductas de imitación y confusión, como en la mencionada providencia de referencia N° 13111832 del año 2014, pues “Para que exista imitación en este caso era estrictamente necesaria la copia del código fuente (la plataforma web) y no se halló prueba suficiente que pudiera afirmar que efectivamente existió esa copia. Además se requiere que sea sistemática o que se

haya ejecutado con actos de confusión o de engaño o incluso con actos de mala fe”<sup>130</sup>. Con esta afirmación de la sala se da a entender que para que exista la conducta desleal de imitación se requiere que se ejecute con actos de confusión, lo que supone que ambas conductas, para el ponente, se complementan o no se excluyen del todo.

En esta misma respuesta al problema jurídico (Sí) encontramos la sentencia del año 2012 de referencia N° 1205005 de la Superintendencia de Industria y Comercio. En esta sentencia, al respecto el acto desleal de imitación, advierte el despacho que “no se acreditó el acto de imitación exacta y minuciosa de prestaciones mercantiles ni la consecuente generación de confusión ni de explotación de la reputación ajena...”<sup>131</sup>. El análisis de fondo que realizamos de esta sentencia nos permite concluir que lo que el despacho quiere argumentar es que la confusión es una consecuencia de la imitación. Como si de una causal de competencia desleal se desplegara la otra, como si fuesen en el fondo, lo mismo, razón por la cual concluimos que esta sentencia concuerda con que en los actos de imitación y confusión como generadores de competencia desleal, sí concurren los mismos elementos para su interpretación y aplicación.

---

<sup>130</sup> Sentencia N° 13111832 de 2014. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Gloria Patricia Montero Cabas.

<sup>131</sup> Sentencia N° 1205005 de 2012. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Francisco Melo Rodríguez.

## CONCLUSIONES

Con el pasar del tiempo la política de competencia fue adquiriendo un sentido más amplio, que abarcara una protección más general y que procurara un análisis de lo que, a ciencia cierta, comprendían los actos de competencia desleal.

Si bien existieron visos de lo que pudo ser una ley de competencia, no todo fue consolidado sino hasta el año 1959 con la ley 155. Grandes autores como María Consuelo Gacharná la nombran como lo que sería “el punto de partida” en la historia legislativa sobre competencia desleal. Ésta ley surgió en el momento exacto cuando el país empezó a ser testigo de un aumento en la industria y en la economía, aumento considerable que llevó al sector político a atender con más cuidado temas económicos que antes no resultaban relevantes. Leyes anteriores como la 31 de 1925, ya hablaban de la competencia como “El acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival” (artículo 65), o la ley 59 de 1936 que se refería en su artículo 20 a la competencia como “todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles, será considerado como competencia desleal, y, por tanto, injusto y prohibido”. El análisis de fondo de estas leyes trajo como

resultado la conclusión acerca de lo cortas que se quedaban en cuanto a su contenido, pues estas dos leyes se quedaban en temas o causales de competencia desleal que en el fondo llegaban a la misma causal: la confusión.

Es por ello que la ley 155 de 1959 fue la ley que sin duda alguna comenzó con el camino legislativo hasta lo que hoy llamamos una ley de competencia desleal con el trabajo de llenar los vacíos que las anteriores leyes dejaron. Fue una ley que definió en su artículo 10º la competencia como “todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial, y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas” y toca el tema de las prohibiciones tendientes a limitar la libre competencia, enumerando en su artículo 11 una serie de actos constitutivos de competencia desleal, tendientes a crear desorganización interna en las empresas, desviación de la clientela y desorganización interna del mercado. Fue más allá, no se quedó en la confusión como única causal, como las leyes anteriores habrían insinuado.

El Decreto 1302 de 1964 se acomoda como segundo en esta lista de leyes importantes. Este decreto desarrolló la ley anterior y además permitió la creación de lo que hoy conocemos como la Superintendencia de Industria y Comercio para el manejo de temas de competencia. Es una ley que regula en gran medida el tema de los precios, considerando desleal el hecho de que una empresa competidora imponga precios desmedidos, entre otros factores. Por ejemplo en su artículo 5º señala que la afectación a la libre competencia podría

producirse cuando las empresas establecen convenios privados que sólo buscan unificar o imponer precios a los productores y a los consumidores, precios que pueden tornarse inequitativos perjudicando también a los competidores, razón por la cual el Estado solía vigilar la fijación de precios dentro de las empresas.

Hubo leyes posteriores que también tocaron el tema de los precios, como la ley 1 de 1991 en la que se establecían disposiciones sobre el Estatuto de Puertos Marítimos, refiriéndose al aumento desconsiderado de precios como “la tarifa de competencia imperfecta” y señalando algunas causales taxativas de competencia desleal como el cobro de tarifas que no cubra los gastos de operación de una sociedad portuaria o los acuerdos para repartir cuotas o establecer tarifas.

Con la aparición de la Constitución Política de 1991 la principal preocupación de la política de competencia del momento era la de procurar la protección del consumidor, y a través de ella se buscó una sana actividad comercial, que se facilitó debido a que los participantes del mercado tenían las mismas herramientas en sus manos para que su comercio fuera semejante y eficaz, y para que entre ellos existiera un ambiente de sana competencia que también le permitiera a los consumidores encontrar una gran variedad de productos y servicios dentro de los cuales que pudiesen escoger los mejores para su beneficio. Esto se materializó en el llamado Estado Social de Derecho

que según el artículo 1º de la Constitución Política se funda en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, situaciones de tal importancia que el Estado debe velar por proteger y que abarca y compete todas las esferas sociales, políticas y económicas, por lo que se hizo posible la libre competencia económica y la libre empresa, limitando de igual manera cuando se presenten situaciones que pretenden monopolizar la economía y depravarla con usos y prácticas deshonestos. Al ser este un Estado Social de Derecho, se otorgó también a la economía un carácter social que significó que la competencia también cumpliera una función social que no sería posible si no abarcaba a todos los sujetos dentro del mercado.

En conclusión nació una necesidad de proteger y permear todas las áreas del mercado y todos los sujetos que dentro de él participaban, y surgió entonces la necesidad de crear una ley que llenara los vacíos que el antiguo Código de Comercio presentaba sobre los temas de competencia. En este punto el surgimiento de la ley 256 de 1996 resultó de gran importancia porque cambió por completo la normativa sobre competencia desleal en varios puntos.

Primero, el hecho de que las normas contenidas en el Código de Comercio y demás leyes anteriores sólo se referían a los comerciantes y sólo eran aplicables a estos. Este cambio acerca de a quiénes les era exigible la ley, fue el cambio con mayor importancia registrado en la actual ley, pues plasmó la

necesidad de proteger los intereses de los consumidores y sacarlos del estado de desprotección en el que se encontraban.

Por otro lado, se hallaba un vacío que no definía si las conductas desleales desplegadas pudiesen ser indemnizatorias o de peligro. El mismo artículo 76 del Código de Comercio solía señalar al respecto que el perjudicado por actos de competencia desleal tendría acción para que se le indemnizaran los perjuicios que fuesen causados, por lo que dejaba de lado la posibilidad de demandar un riesgo en alguna causal de competencia desleal o que previera una responsabilidad y no sólo la indemnización cuando ésta se produjera. Por ello, se quedaba corto y generaba en el consumidor una situación de desprotección, porque si bien lo protegía de las acciones cuando estas se consumaban, no lo era así cuando estas se desplegaban produciendo sólo el riesgo de que pudieran consumarse, pero generando igual un daño o una desprotección. Por ello, la actual ley llenó ese vacío y consagra la posibilidad de solicitar la suspensión de los actos que se estuvieran desplegando y ordenar al demandado a que se abstuviera de repetirlos incluso cuando estos no se hubiesen consumado, o bien, solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios causados con la consumación de las conductas.

Es por esto que la ley 256 de 1996 se posiciona hoy como una ley que ha procurado llenar todos los vacíos jurídicos que antes se presentaban, además con la tarea de cumplir con la labor social que le encomendó la Constitución

Política, de permear todas las áreas humanas, y la económica no podría ser indiferente a estos cambios. Es una ley que comprende actos de competencia desleal de sus artículos 7º al 19, y contiene, dentro de estos, la cláusula general que si bien no es el comodín para cuando fracasan las demás conductas, sí es una manera de controlar la buena fe y las buenas prácticas mercantiles dentro de un ambiente de sana competencia. A pesar de que no ha sido tarea fácil definir cuáles son los actos de competencia desleal, es la ley que más se ha preocupado por la protección de los demás competidores y de aquellos que no participan en el mercado compitiendo pero que sí ven de él como consumidores, siendo además una ley que contempla acciones para cuando las conductas desplegadas se han consumado y para cuando simplemente generan un riesgo de producirse.

La competencia desleal es un tema que ha sido desarrollado por varias décadas. Sus inicios se remontan a la aparición del estado liberal, esto debido a que es en este momento en que la competencia es libre, y con la libre competencia pueden surgir actores desleales en el afán de posicionar un producto en el mercado. Pero ésta no es del todo “libre” ya que los concurrentes en el mercado deben orientar sus acciones a aquellos comportamientos social y legalmente permitidos; en otras palabras, regirse por la buena fe y las buenas costumbres mercantiles.

La sentencia C - 398 de 1995 trazó límites muy importantes a la libre iniciativa privada y a la libre competencia, que son la explotación de recursos naturales, el uso del suelo y la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, los cuales se encuentran íntimamente ligados a los fines esenciales del Estado, como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que están consagrados en la Constitución Política de Colombia. El Estado tiene el supremo derecho de hacer injerencia cuando con ella busque alcanzar sus fines.

Además de la libre competencia, la ratificación de Tratados Internacionales también es considerada una fuente clara de la competencia desleal; el más importante de estos tratados es tal vez el Convenio de París, este convenio es aplicable sobre todo en el campo de la propiedad industrial, pues abarca temas como lo son las marcas, patentes, dibujos, nombres comerciales, entre otros; pero también cuenta con una regulación con respecto al tema en estudio, la competencia desleal. El Convenio de París exhorta a los signatarios del mismo a tomar acciones con el fin de buscar una protección eficaz contra la competencia desleal.

Otra fuente significativa de la Ley colombiana de competencia desleal es la Ley 3 de 1991, la cual regula la misma materia pero en España. Esta ley fue reproducida casi en su integridad y adaptada en Colombia en el año de 1996.

La ley 256 introdujo cambios significativos con respecto a la materia, uno de ellos tiene que ver con la legitimación de las partes en la interposición de acciones judiciales. Esto debido a que, anteriormente sólo los empresarios podían acudir a instancias judiciales para demandar la interrupción de comportamientos desleales por un competidor suyo, otro empresario. Esto quiere decir, que sólo los empresarios y comerciantes se encontraban legitimados por activa para hacer uso de las acciones previstas por la ley para tal fin. Aquel antiguo postulado dejaba de lado a muchos sujetos que intervienen en el mercado sin ser comerciantes o empresarios; es por eso que la Ley 256 de 1996 corrigió ese aspecto y les otorgó legitimidad por activa a los gremios profesionales, a las asociaciones de consumidores, a los empresarios competidores y representando los intereses del Estado, el Procurador General.

Otra mejora de la ley de competencia desleal del año de 1996 es la previsión de acciones en contra de conductas desleales que no han sido materializadas. Esto supone un avance muy grande en la materia, pues anteriormente las acciones judiciales se interponían una vez la acción desleal hubiera sido efectiva, no existían acciones que buscaran prevenir dichas conductas. La acción preventiva o de prohibición se encuentra prevista en el numeral segundo del artículo 20 de esa misma ley, y reza *“la persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya*

*producido daño alguno*". Esto faculta al accionante para prevenir futuros perjuicios en su contra y si ya los hay, tiene la posibilidad de interponer la otra acción prevista por la ley, la declarativa y de condena.

El tratar de definir lo que significa la competencia desleal nunca resultó ser una tarea fácil porque solían quedarse por fuera elementos determinantes, sin embargo la ley junto con la doctrina sí facilitó la posibilidad de retomar elementos que juntos pudieran determinar lo que abarca la competencia desleal. Sin embargo, esto resultó de mayor facilidad gracias a autores como Carlos Alberto Velásquez Restrepo, quien en su libro "Instituciones de Derecho Comercial" nombra ciertas teorías que se refieren a la competencia desde un punto de vista diferente. Encontramos entonces la teoría de la **responsabilidad extracontractual** (que asimila la competencia a un tema de responsabilidad civil extracontractual), la teoría **de protección de la personalidad**, cuyo autor es el jurista alemán Kohler ( que concibe la competencia como un tema personal y humano), la teoría del **abuso del derecho** (que se refiere al fin último que encuentra el derecho de la competencia, que si bien es un derecho individual encuentra su límite en donde empieza la función social), la teoría del **acto excesivo** (que se refiere a cuando los actos se desvían de lo que realmente son los usos y prácticas honestos) y por último la **teoría de la protección de la hacienda**.

A pesar de tratarse de un recorrido largo y minucioso por teorías que pudiesen significar una definición exacta, muchas de ellas siguen quedándose cortas para referirse al derecho de competencia. Pero según este autor, el artículo 7º de la ley actual de competencia desleal, es el que define por excelencia lo que constituye competencia desleal, sus factores, sin dejar por fuera comportamientos que no se encuentren taxativos en la ley. Autores de la talla de Mauricio Velandia Castro también definieron la competencia como la que “agrupa aquellos comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa a cambio del fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor”. También encontramos la definición del autor Rodrigo Palacio Cardona quien señaló que “el derecho a la competencia desleal es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado, de la rivalidad existente entre los mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles”. El autor José María Berdugo Garavito define el derecho de la competencia desleal como “aquella que, aunque esté permitida, se realiza infringiendo un mínimo deber de corrección frente a los competidores. El competidor desleal infringe el deber de lealtad, de juego limpio, con los demás competidores”.

Concluimos entonces que, diferentes autores han establecido lo que para ellos, tras años de estudio, es la competencia desleal, pero aun, con todo lo que ella ha implicado y abarcado, hallar una definición que se posicione como exacta no es una tarea que pueda completarse tan fácilmente.

Así, con ayuda de los diferentes autores (como Rodrigo Palacio Cardona), pudimos concluir que a grandes rasgos todos concurrían en la existencia de tres elementos contundentes. El primero de ellos, el referido al daño y la amenaza. Como ya dijimos antes, el hecho de que se hablara de un daño y se dejara por fuera la posibilidad de la existencia del riesgo, dejaba como consecuencia una situación de indefensión para los consumidores, pues la sanción y correspondiente indemnización sólo se hacía efectiva una vez se probara el daño, es decir, este debía ser cierto y directo.

El segundo de ellos se refería al acto cuando se haya realizado en el mercado. Por ello, se podría decir que de la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones prohibidas o incorrectas en el mercado. Así, no resultaba como requisito primario que el acto desleal se produjera dentro de una relación de competencia, pues bastaba con que la actuación fuese incorrecta y pudiese perjudicar a cualquiera de los actores dentro del mercado y que fuese potencialmente capaz de distorsionar el sano funcionamiento del mercado.

El último elemento a que hacemos referencia y que el autor Palacio Cardona menciona, se refiere a que la conducta sea desleal, indebida o incorrecta. Lo importante es que la conducta sea desleal, que resulte contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles. Esto es así porque la ley lo que reprime es la conducta incorrecta, pues es esta la que malversa el mercado.

En la esfera práctica, la competencia desleal tiene previstos dos tipos de procedimientos: uno administrativo y otro judicial.

El procedimiento administrativo se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, a quien le fueron asignadas funciones jurisdiccionales en virtud de la Ley 446 de 1998. Este ente conoce de las acciones previstas en el artículo 20 de la ley 256 de 1996 (las cuales también pueden ser conocidas por la jurisdicción ordinaria). Anteriormente, el procedimiento que aplicable era el judicial. Al igual que un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, el procedimiento ante la Superintendencia inicia con una demanda, en la cual se deben exponer los motivos que lo llevan a iniciar la acción escogida, sus fundamentos jurídicos, pretensiones y las pruebas que pretende hacer valer durante el procedimiento. Dentro de los análisis a las sentencias emitidas por dicho ente, se resalta la importancia de que los actores prueben suficientemente su legitimación en la causa. El recurso que procede contra la sentencia dictada por la superintendencia es el de apelación y este

será conocido por el juez superior al cual el superintendente se encuentra reemplazando; en otras palabras, el superintendente reemplaza al juez natural que, en la jurisdicción ordinaria conocería de la demanda, este es el juez civil del circuito, entonces cuando ante la superintendencia se presente el recurso de apelación éste será conocido por el superior jerárquico del juez civil del circuito, el tribunal superior de distrito judicial.

En lo que respecta al procedimiento judicial, antes de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, las acciones de competencia desleal eran tramitadas por el proceso abreviado, pero a partir de la Ley 1564 del año 2012 se estableció que las acciones de competencia desleal se regirían por el proceso verbal, el cual puede ser de menor y mayor cuantía de acuerdo al valor de las pretensiones de la parte actora. Cuando dichas pretensiones sean de mínima cuantía, el proceso será el verbal sumario. El juez competente es el juez civil del circuito del lugar en donde ocurre el actuar desleal o en donde éste surte efectos.

La regulación de la competencia, como ya se dijo, resultó un proceso de cambios importantes que siempre vinieron de la mano con la búsqueda de un sistema que permitiera permear la mayor cantidad de conductas que fuesen consideradas desleales. Para el tema que nos ocupa, resultó relevante diferenciar dos de estas causales: la confusión y la imitación. La problemática recaía en el hecho de establecer que en la práctica, éstas venían de la mano,

se confundían, y éste fenómeno generaba un desgaste enorme de la justicia. Por ello, resultó relevante estudiar los pronunciamientos de entes como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, e incluso las interpretaciones prejudiciales emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que nos permitió concluir, tras el desarrollo de la línea, lo que éstos disponían acerca de una u otra causal, es decir, para determinar a ciencia cierta qué elementos concurren entre ellas que permita su correcta interpretación y aplicación. Esta es una tarea relevante y consideramos de gran importancia porque permite beneficiar al público lector: el personal académico, los estudiantes y a quienes ejercen el litigio en materia de competencia.

Para el desarrollo de esta investigación consideramos realizar el análisis de las sentencias desde el año 1996, para notar el impacto del surgimiento de la ley en las sentencias, sin embargo resultó difícil encontrar algunas que hablaran (y explicaran en gran medida) los elementos de cada una de las causales, razón por la cual nuestra línea empieza desde el año 2005. Sin embargo, en la línea jurisprudencial que desarrollamos sobre la causal de confusión en sí misma, encontramos una interpretación prejudicial del año 1996 (26-IP/1996). Aun así, no es una sentencia que implique la diferenciación de las causales pues se limita a estudiar únicamente la de confusión.

El recorrido jurisprudencial nos permitió concluir que la concepción histórica de los pronunciamientos de los órganos estudiados tiende a una diferenciación de éstos dos institutos. Tiende a concluir que no son lo mismo, y que, entre una y otra no concurren los mismos elementos para su interpretación y aplicación. En repetidas sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio retoman lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de referencia 4018 del año 2005, sentencia que constituye la hito en nuestra línea jurisprudencial. Esta sentencia explica detalladamente qué constituye imitación y qué constituye confusión. Para el tema de la imitación incluso se permite citar al autor Pedro Portellano Díez, autor al que recurrimos para ampliar el estudio sobre la causal de imitación. Gracias a esta sentencia la Corte señaló textualmente que “Tampoco puede decirse que la imitación sea un acto que envuelva, esencialmente, confusión o que ineluctablemente tenga aptitud confusoria. Existe confusión, como es sabido, cuando un acto es idóneo para provocar en el consumidor error acerca de la procedencia de un producto o servicio que se ofrece en el mercado. Y al respecto es oportuno hacer dos puntualizaciones: la primera, que es suficiente que el producto tenga aptitud para confundir, así no se prueba que la confusión realmente se produjo; y la segunda, que en tratándose de creaciones materiales, en línea de principio, el riesgo de confusión adquiere significado en cuanto concierna con el aspecto externo (las formas) del producto o el de su envase o envoltorio”. Esta fue la única sentencia que verdaderamente envolvió el tema con tal detenimiento y que además sirvió de base para la exposición de motivos de las demás

sentencias que se despliegan después de la sentencia de la Corte. Hacemos énfasis en la diferenciación y no en la semejanza de las causales, porque, tras el problema jurídico planteado acerca de si en los actos de imitación y de confusión concurrían los mismos elementos, la mayoría de las sentencias analizadas concurren en una misma respuesta: el no. Sólo encontramos tres sentencias (todas ellas de la Superintendencia de Industria y Comercio) que concordaban con la postura que defendía el hecho de que en el fondo uno y otro instituto fuesen lo mismo. Así, la sentencia de referencia N° 2012217369 del año 2013 argumentó que si bien la confusión del artículo 10° es a grandes rasgos diferente a la que hace referencia la imitación, “en cuanto a su contenido o naturaleza, en el fondo se trata de lo mismo. Supone la generación de unas condiciones suficientes para que un consumidor adquiriera un producto pensando que es otro o, si percibiendo la diferencia entre productos, le atribuya un mismo origen empresarial, o, incluso en el evento en el que el consumidor aunque entienda que se trata de empresas fabricantes diferentes, les atribuya a ellas una vinculación económica”<sup>132</sup>. Esta posición fue respaldada también por la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencias de referencia N° 1205005 de 2012 y N° 13111832 del año 2014.

A pesar de que este trabajo comprendía una línea jurisprudencial respecto de las dos causales, no todas las sentencias analizadas servían para la

---

<sup>132</sup> Sentencia N° 2012217369 de 2013. Superintendencia de Industria y Comercio. Superintendente: Francisco Melo Rodríguez.

realización de la misma por el problema jurídico planteado, pero sí nos sirvieron para realizar una línea jurisprudencial respecto de cada una de las causales, por separado. Así, realizamos el problema jurídico acerca de la imitación que establecía si este acto generador de competencia comprendía una confusión en cuanto a las creaciones formales, y encontramos que las cuatro sentencias que conforman la línea formaban parte de la respuesta negativa. De la misma manera, realizamos la línea jurisprudencial sobre el tema de confusión con el problema jurídico acerca de si la reproducción exacta de signos distintivos es causal suficiente para endilgar la deslealtad del acto, y todas las sentencias que ubicamos en la línea forman parte de la respuesta afirmativa. La línea jurisprudencial sobre imitación nos permitió concluir que no hay una gran cantidad de sentencias que hablen del tema de imitación únicamente, pues la mayoría de las sentencias hablan sólo de confusión o de las dos juntas, pero muy pocas veces se encontraba sentencias cuyos demandantes alegaran la existencia del acto de imitación exclusivamente. Creemos que esto se debe a la falsa concepción que tiene el público sobre la relación entre estas dos causales, y es la concepción de creer que no pueden demandarse por separado.

En este punto resulta importante entonces señalar a ciencia cierta qué elementos abarca la imitación y qué elementos constituyen el concepto de confusión. Esta tarea fue fácil gracias al análisis de las sentencias y a la lectura de varios autores, entre ellos el autor Pedro Portellano Diez, en cuyo libro “La

imitación en el derecho de competencia desleal” desarrolla el concepto de imitación desde muchos ángulos, y pese a que este es un autor español, la Corte Suprema de Justicia lo tomó como base en la exposición de sus motivos y ello no podría ser diferente pues su legislación sobre competencia fue fuente primaria para la creación de nuestra ley actual.

La confusión como acto generador de competencia desleal, comprende los signos de identificación dentro del mercado, esto es, las marcas de los productos que le permiten al público identificar el origen empresarial de éstos. Por ello, lo que busca salvaguardar es la capacidad de decisión de los consumidores, en el momento en que estos eligen entre un bien y otro, cuál resulta de su preferencia o conveniencia. Este se proyecta sobre los medios de identificación empresarial como signos distintivos y elementos que permiten establecer el origen de una prestación mercantil y distinguirla de otras que concurren en el mercado<sup>133</sup>. Esto es lo que la Corte Suprema de Justicia quería diferenciar pues, existirá confusión cuando un acto es idóneo para provocar en los consumidores un error acerca de la procedencia de un producto o servicio dentro del mercado, y que también abarca confusión en cuanto concierne al aspecto externo del producto (es decir, su envase o envoltorio). Entonces encontramos la clasificación jurisprudencial de confusión que se puede presentar directa, indirecta, de manera visual, auditiva o ideológica. Por ello, al

---

<sup>133</sup> Sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Radicado 11033177. Año 2012. UNIGAS S.A Vs ROSCOGAS S.A. Superintendente: Adolfo León Varela Sánchez.

hablar de confusión nos referimos a las creaciones formales (marcas y signos distintivos), en oposición a las materiales (los productos en sí mismos) que comprenden el acto desleal de imitación.

En conclusión, lo que pretende tutelar esta causal es el uso de un signo distintivo ajeno cuando se utilice como medio para lograr el objeto que la ley pretende reprimir.

En cuanto a la causal de imitación, el análisis jurisprudencial y doctrinario y como se ha dicho anteriormente, nos permite concluir que lo que esta causal pretende tutelar no son las creaciones formales sino las materiales, los productos, las prestaciones mercantiles. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, y como lo señala en su ley el artículo, la imitación de prestaciones ajenas es libre salvo lo dispuesto en la ley. Esto quiere decir que existen excepciones a la regla general, y en este caso encontramos dos: una de ellas la constituye la imitación exacta y minuciosa de prestaciones mercantiles y otra de ellas se refiere a cuando éstas se encuentren amparadas por derechos de exclusiva, marcas, patentes o derechos de autor que el Estado otorga a los titulares.

Al momento de analizar las sentencias para poder construir las líneas jurisprudenciales, fueron encontradas sentencias muy completas y claras con respecto al tema de estudio, pero no todas las sentencias resultaron

determinantes para el desarrollo de este proyecto. Si bien la controversia de la sentencia versaba sobre la existencia o no de las conductas desleales de confusión e imitación, estas providencias no se refirieron a ellas, si no que se pronunciaron únicamente sobre la prosperidad de sus pretensiones. Estas sentencias son: la N° 02085816 del año 2005, N° 02099732 del año 2011, la N° 06087513 del año 2011, la N° 11116017 del año 2011 y finalmente la N° 10063878 del año 2012; todas ellas, emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Entrando a recordar algunas de éstas, la sentencia N° 06087513 del año 2011 consistía en una controversia entre el señor Juan Pablo Henao Botero, como demandante, y Roberto Mora Rotor Systyems LTDA., Luz Amparo Correa de Mora y Roberto Mora Mejía en el extremo demandado. En esta providencia la sala desestimó todas las pretensiones del accionante debido que consideró que “no cumplió el deber legal impuesto por el código de procedimiento civil de probar las conductas desleales, que según él, cometió el demandado”. En este caso, la sentencia fue descartada inmediatamente al no ser útil para la investigación.

Otra sentencia que no resultó de gran utilidad fue la N° 02085816 del año 2005. Esta versa sobre la controversia entre INDUSTRI S.A y NEWELL SANDFORD S.A debido a que la parte demandante asegura que la sociedad demandada vende un producto muy similar al de su propiedad

(MICROPUNTA), siendo el de la parte demandada PUNTO MICRO. La sala consideró que sus pretensiones no se encontraban llamadas a prosperar debido a que “La excepción de prescripción presentada por la parte actora es valedera, toda vez que tanto la jurisprudencia nacional como la española (de la cual está inspirada nuestra ley), tratan el tema de la siguiente forma, totalmente diferente a los actos de ejecución inmediata y a los actos de ejecución continuada que se tratan en materia penal, por tanto la prescripción se cuenta desde el momento mismo de conocido el acto de competencia desleal y no cada vez que se genera un acto de reproducción de la marca o símbolo”. Su falta de desarrollo en el tema al acoger la excepción de prescripción invocada por la parte demandada fue la razón por la cual esta tampoco resultó útil.

Todo a nuestro alrededor se encuentra en constante evolución, la tecnología avanza a pasos cada vez más acelerados. El derecho debe evolucionar también para armonizar con la sociedad a la cual va a ser aplicado. Es por eso que se considera que, en el ámbito de la competencia desleal, no se ha evolucionado mucho desde el año de 1996, fecha de promulgación de la Ley de Competencia Desleal. Se llegó a esta conclusión debido al análisis de una sentencia en particular que causó un gran debate en el grupo de estudio. Esta sentencia es la N° 13111832 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2014. El litigio enfrenta a INTERPAGOS S.A.S y PAGO DIGITAL S.A.S. La sociedad demandante

contrató a la sociedad demandada como supervisor, la cual se comprometió a guardar los secretos empresariales durante el tiempo de duración del contrato y hasta 5 años posteriores a él; también a no divulgar información a terceros y a no ejecutar actos de competencia desleal.

El demandado creó una sociedad llamada “Pago Digital Colombia” que tiene el mismo objeto social de la demandante y alega ésta que la sociedad demandada creó un sitio web con características similares a la página web del demandante, por lo que considera que la sociedad Pago Digital incurrió en los actos de confusión, imitación, engaño, descrédito y desviación de la clientela. Consideró la sala que en este caso era estrictamente necesaria la copia del código fuente (la plataforma web) y no se halló prueba suficiente que pudiera afirmar que efectivamente existió esa copia. Además se requiere que sea sistemática o que se haya ejecutado con actos de confusión o de engaño o incluso con actos de mala fe”.

Y es que este caso en particular es de gran dificultad, cuando este es el “producto” objeto de la competencia desleal. ¿Es una página web un signo distintivo?, ¿o una iniciativa empresarial? ¿o una prestación mercantil?; ¿o es posible que exista un vacío legal sobre este tema?.



## BIBLIOGRAFÍA

- Almonacid Sierra, J. J., & García Lozada, N. G. (1998). *Derecho de la Competencia* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Múnar Cadena. (Sentencia Número 4018).
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código del Comercio. Bogotá. 1971
- Frisch Phillip, W. (2000). *Competencia Desleal* (Segunda ed., Vol. II). México D.F.
- Gacharná, M. C. (1982). *La Competencia Desleal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Gaviria Gutiérrez, E. (2003). *Derecho de la Competencia*. Medellín, Colombia: Medellín: Cámara de comercio, Colegio de Abogados, Cámara de Comercio y Biblioteca Jurídica.
- Lambin, J.-J. (2003). *Marketing Estratégico*. Madrid, España: MacGrowHill.
- Llobregat Hurtado, M. (2002). *Temas de Propiedad Industrial*. Barcelona, España: La ley.
- Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Bogotá. 1996.
- Menéndez, A. (1988). *La Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas S.A.
- Molina Betancur, C. (2003). *Derecho de la Competencia*. Medellín, Colombia: Medellín, Colegio de Abogados, Cámara de Comercio y Biblioteca Jurídica.
- Velásquez Restrepo, C. (1998). *Instituciones de Derecho Comercial*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.



## ANEXOS