

DERECHO DE LOS MERCADOS

(APUNTES)



MAURICIO VELANDIA
ABOGADOS

www.mauriciovelandia.com



Mauricio Velandia

Abogados

Presentación

El Derecho de los Mercados es una nueva rama de responsabilidad dentro de nuestro entorno.

Las empresas y los comerciantes son los sujetos calificados y destinatarios de este derecho. Es decir, ellos son las personas interesadas en el conocimiento y cumplimiento de todo un conjunto normativo que aparece repartido en diferentes normas.

La actividad de los Jueces, las Cortes, los Tribunales de Arbitramento y los entes del Estado ha permitido que el tema de mercados tenga un desarrollo particular. La libre competencia, la competencia desleal, la protección al consumidor, los contratos de colaboración y los signos distintivos son materias de fácil presencia en pleitos, contratos y opiniones legales regulados por este derecho.

Consideramos de la mayor importancia contar con un material de consulta didáctico que permita acercarse de manera general a estos temas. En este sentido se presentan estos apuntes que contienen opiniones acerca de este derecho, como preambulo de un libro que en los proximos días será editado por la Universidad Externado de Colombia, mi casa de estudio, una universidad de pensamiento liberal.

Esperamos que dicha compilación permita generar un interés y alentar su lectura.

Un abrazo,

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical and diagonal strokes, appearing to be the name 'Mauricio Velandia'.

Mauricio Velandia

INDICE

Adecuación normativa para calificar un asunto como de competencia desleal	5
Introducción	5
1. Competencia desleal	6
1.1 Concepto	6
1.2 Clasificación de los supuestos desleales	7
1.3 Adecuación normativa de competencia desleal	8
a. Presupuesto de aplicación	9
b. Supuesto fáctico desleal	11
c. Legitimación activa	13
Competencia desleal por uso de signos distintivos	16
Distinción de la empresa - distinción de los productos	16
Deslealtad por uso de signos en el mercado	17
a. Explotación de la reputación ajena	17
b. Imitación	18
c. Descrédito	19
d. Desviación de clientela, engaño y confusión	19
Desviación de Clientela	21
Aspecto de mercadeo	21
Aspectos jurídicos	22
Competencia desleal por engaño	25
El error	25
El Error en materia de competencia desleal	26
Error sobre el producto ajeno y propio	27
Piratería marcaría	28
El posicionamiento de la marca	28
Consecuencia de mercado	29
Acción del consumidor	30
La posición de dominio y su abuso	32
El punto de partida	32
Posición de dominio dentro de un mercado	33
Lo ilegal: el abuso de la posición de dominio	34
Posición de dominio contractual vs. posición de dominio de mercado	35
Autoridades que investigan el abuso de la posición de dominio	35
El abuso de posición dominante contractual y de mercado	36
Posición de dominio de mercado	36
Posición de dominio contractual	36
Los canales de distribución y las normas de competencia	38
Distribución	38
Clases de canales de distribución	40

Distribución Intensiva	40
Distribución selectiva	40
Distribución Exclusiva	40
Tratamiento de exclusividad en territorio y producto	41
Exclusividad en territorio	41
Exclusividad en producto	42
Tratamiento en la Unión Europea	42
Restricciones a la competencia por Ayudas del Estado	43
Noción de ayuda estatal	43
Caso de Ayuda Estatal activa: Estado Francés - Air France	44
Caso de Ayuda Estatal pasiva: Estado Belga – Aeropuerto Bruxelles	45
Nuestro caso	45
Restricciones a la competencia por ventas atadas	47
Análisis económico	47
Significado de una venta atada	48
Clases de ventas atadas	49
Acuerdo de ventas atadas entre empresas de un mismo mercado	49
Acuerdo de ventas atadas entre empresas de diferente mercado	49
Acuerdo de ventas atadas celebrado entre compradores	49
Excepción legal sobre restricción de la conducta	49
Competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer asuntos de Derecho de la Competencia	50
1. Introducción	51
1.1 El daño es fuente de obligaciones	51
1.2 Facultad del Tribunal de Arbitramiento para fallar asuntos transigibles	51
1.3 Bienes tutelados en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal	51
a. Prácticas comerciales restrictivas	51
b. Competencia desleal	52
2. Competencia del Tribunal de Arbitramiento para decidir daño generado por un comportamiento restrictivo	53
2.1 Pretensión: causa del daño privado	53
2.2 Relación contractual y extracontractual	54
3. Competencia del Tribunal para fallar casos de competencia desleal	54
3.1 Los asuntos de competencia desleal son transigibles	54
3.2 Daño contractual y extracontractual	54
4. Conclusiones	55
Competencia dentro del régimen de servicios públicos domiciliarios.	56
Prácticas comerciales restrictivas	57
Competencia desleal	58
Conclusión	58
El consumidor promedio	59
Definición de consumidor	59
Consumidor promedio	60
Las Acciones de Consumidor en el Derecho Colombiano	62

Adecuación normativa para calificar un asunto como de competencia desleal

Por: Mauricio Velandia

Introducción

La ley de competencia desleal forma parte de la descodificación de responsabilidad, desligándose de los códigos tradicionales e incluyendo una normativa especial para un tema supuestamente especial.

La competencia desleal es un tema que contiene muchos aspectos para comentar:

- Es una ley mal denominada, pues la legitimación por activa y pasiva no requiere una relación de competencia entre los involucrados. Es una ley de deslealtad.
- Es una norma cuya naturaleza es la protección de la concurrencia, no de la empresa. La concurrencia es la participación en el mercado. La concurrencia se puede afectar porque se participa bajo comportamientos inadecuados, obteniendo un beneficio, o porque se daña la participación de otro, perjudicándolo.
- Producto de dañarse la competencia, a veces puede existir un daño de rebote, esta vez la empresa.
- Existen dos acciones: una preventiva y otra indemnizatoria, las dos, teniendo como referencia la empresa. Es decir, se puede ser desleal y amenazar o dañar la empresa.
- Las descripciones son supuestos que no representan presunciones de derecho, por tanto admiten prueba en contrario, la cual, en caso de existir tipicidad, traslada la carga de la prueba.

1. Competencia desleal

1.1 Concepto

No aparece definida la expresión competencia desleal en Colombia. Nuestro ordenamiento se limita a establecer unos supuestos fácticos que bajo su criterio son actuaciones desleales frente a un comerciante. En este sentido, la tarea es establecer la definición natural de la expresión “competencia desleal” para entender el objetivo de la misma.

Para establecer una definición, se toman características y elementos contenidos en la ley 256 de 1996 que permiten acercarse a un significado. En tal suerte, se considera que competencia desleal agrupa aquellos comportamientos¹ malintencionados² adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado,³ cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa⁴ a cambio del fortalecimiento de otro,⁵ que no necesariamente debe ser el sujeto infractor.⁶

De esta manera, son muchos los elementos contenidos en la definición que se propone:

- Comportamientos malintencionados: Conductas o actos adelantados por personas naturales o jurídicas cuyo contenido es causar perjuicio a una empresa dedicada a la prestación de bienes y servicios. De tal suerte será un comportamiento malintencionado aquel que no observe el principio de buena fe comercial y, por ende, requiera una corrección en la conducta.
- Normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado: Un cambio radical de la ley 256 de 1996 fue establecer que la deslealtad no fuese reprochable exclusivamente a los comerciantes, sino que también castigará las conductas de aquellas personas que sin ser competidoras de otra participan en el mercado con comportamientos malintencionados que causan perjuicio a empresas dedicadas a la actividad mercantil. Como es el caso del consumidor que sin fundamento desacredita a una empresa.

1. Según el artículo 1 de la ley 256 de 1996, La presente ley tienen objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal
2. De conformidad con el artículo 7 de la ley 256 de 1996, los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de buena fe comercial
3. En el artículo 3 de la ley 256 de 1996 se señala que, el régimen de competencia desleal se aplica a todos los comerciantes como a cualquier participante en el mercado. La aplicación de esta ley no se supedita a la existencia de una relación de competencia.
4. D acuerdo con el artículo 21 de la ley 256 de 1996 esta legitimado para iniciar una acción de competencia desleal cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal.
5. Se señala en el artículo 2 de la ley 256 de 1996 que los comportamientos desleales deben ser realizados siempre en el mercado y tener una finalidad concurrencial, según la cual el acto debe revelarse objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.
6. Tal como se menciona en el anterior pie de página, según el artículo 2 de la ley en comento, el acto debe favorecer a la persona quien realiza el acto desleal o a un tercero.

- Debilitamiento o perjuicio a persona que participa o intenta participar en un mercado: 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 acción declarativa, que sanciona y desmonta el acto desleal. En cuanto las personas legitimadas serán, la persona que demuestre un perjuicio, las ligas de consumidores y la procuraduría.
- Beneficio propio o de un tercero como consecuencia de un acto de competencia desleal: bajo el régimen de competencia desleal se castiga una conducta malintencionada, independientemente que la persona que la ejerza se vea favorecida con la conducta, puede incluso ser favorecido un tercero que no tuvo participación en la realización del acto desleal. Cabe mencionar que cualquier persona que hubiese contribuido al acto desleal es igualmente responsable frente a la ley.⁷

1.2. Clasificación de los supuestos desleales

Dentro de la regulación contenida en la ley 256 de 1996 aparecen los supuestos fácticos que califican una conducta como desleal. Observando estas conductas encontramos que se pueden clasificar en tres grupos,⁸ así:

- Conductas que pretenden erosionar o debilitar a una empresa: El fin que se pretende con estos comportamientos es acabar con la actividad de un competidor. Dentro de estas conductas se encuentra, por ejemplo, los actos de descrédito, actos de desorganización, la inducción a la ruptura contractual, etc.
- Conductas que pretenden fortalecer a una empresa: Mediante estas conductas se pretende buscar un campo en el mercado adoptando posiciones desleales. Puede señalarse como parte de este grupo, entre otros, la desviación de clientela, explotación de reputación ajena, violación de secretos, imitación, confusión, engaño.
- Conductas encaminadas a permanecer en la mente de la parte demandante de un producto. Para estos comportamientos lo primordial es crear una imagen no acertada en la mente del consumidor. Básicamente esta forma se realiza a través de medios publicitarios.

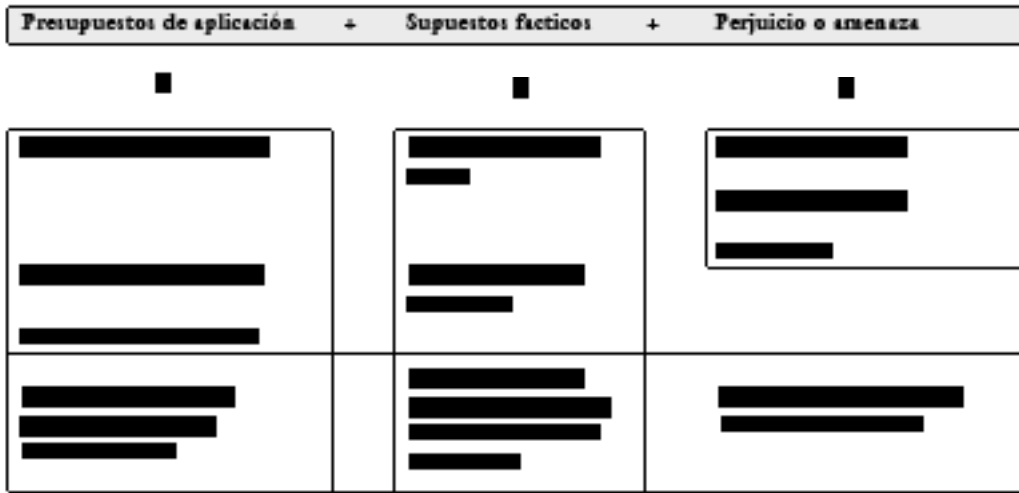
7. Artículo 22 de la ley 256 de 1996

8. Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1993.

1.3 Adecuación normativa de competencia desleal

Tal como se señaló, en la ley 256 de 1996 aparece contenida toda la regulación en materia de competencia desleal. De esta manera se describen los requisitos para que una conducta sea considerada como desleal. La unión o conformación de esos requisitos es lo que denominamos en este escrito “adecuación normativa”.

Para que se presente la adecuación de una conducta desleal debe presentarse la siguiente fórmula:



Los presupuestos de aplicación representan el escenario que debe tener una situación para ser investigada y reprimida como desleal. Para esto se exige un ámbito subjetivo, un ámbito objetivo y un ámbito territorial. Cada uno de estos ámbitos contienen una situación mínima para dar aplicación a la ley 256 de 1996, determinando, como se vera adelante, situaciones geográficas de mercado, idoneidad del acto desleal, calidades del presunto infractor.

El supuesto fáctico representa la descripción de la conducta reprochada por nuestras normas y castigada como desleal. Por tanto, en caso de adecuarse a una situación de hecho a la conformación de ingredientes fácticos estaremos en presencia de un comportamiento desleal.

La legitimación es el requisito por excelencia de procedibilidad. De tal suerte la ley 256 otorga esta facultad a personas que cumplan ciertos requisitos mínimos, así como a agremiaciones o entidades públicas que defienden interese colectivos.

La unión de estos tres ingredientes permite la adecuación normativa de un mandato legal frente a unos hechos ocurridos o que están por ocurrir en un mercado.

Veamos cada uno de los elementos:

a. Presupuestos de aplicación

Existe un escenario legal mínimo para que una conducta sea calificada como desleal. El escenario que anotamos esta constituido por los ámbitos contenidos en los artículos 2 al 4 de la ley 256 de 1996. De esta forma, la ley exige que se presente un ámbito objetivo, un ámbito subjetivo y un ámbito territorial. La presencia de estos tres ámbitos es absolutamente indispensable para la adecuación normativa, independientemente que se presente el supuesto fáctico de deslealtad.⁹

- Ámbito subjetivo de aplicación

Bajo este ámbito se establecen los requisitos exigidos al sujeto infractor del comportamiento desleal. Advierte este ámbito que la aplicación del régimen de competencia desleal rige no sólo a los comerciantes, sino a cualquier participante en un mercado. Entonces no solo es sujeto de esta ley alguien dedicado al comercio, sino cualquier otra persona que participe en el mercado. El código de comercio adoptó un criterio objetivo para calificar la profesión de comerciante. Según el artículo 10 del código en mención son comerciantes las personas que se ocupan profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. Por tal razón, se afirma que la diferencia de la actividad comercial con otras actividades está en la realización de actos mercantiles.¹⁰ En tal suerte, la doctrina considera que para poder calificar a una persona como comerciante deben sus actos afectar su patrimonio o que de ellos se derive algún provecho económico en su favor.¹¹ Ahora, la expresión participante en el mercado no aparece definida en la ley, entonces para encontrar su alcance debería atenderse el significado natural de las palabras, según el cual la palabra participar aparece definida como "tener parte en un juego, concurso o negocio".¹² Entonces, participante en el mercado será cualquier persona que intervenga o haga parte en cualquier forma de la oferta, distribución o demanda de bienes o servicios de un mercado específico.

No obstante lo anterior, el alcance jurídico de la expresión participante en el mercado se encuentra al interpretar de manera sistemática la ley, ya que en el artículo 22 de la ley 256 de 1996 se determina que las acciones de competencia desleal procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, estableciendo que cualquier persona independiente a su naturaleza jurídica es sujeto de la ley de competencia desleal, sea comerciante o no comerciante.

9. En el último inciso del artículo 16 de la ley 256 de 1996, en el cual se encuentra el supuesto desleal de violación de secretos, aparece una excepción a la presencia imperativa de estos ámbitos

10. De la Torre Madrillan, Principios de Derecho Comercial, Editorial Temis, Bogotá, 1990

11. En el artículo 13 del código de comercio se establece que se presume que una persona ejerce el comercio cuando se halle inscrita en el registro mercantil; cuando tenga abierto un establecimiento de comercio; cuando se anuncie como comerciante.

12. Diccionario Enciclopédico Básico, Plaza & Janes

Por último, dentro del ámbito subjetivo se establece que para la aplicación del régimen de deslealtad no se requiere una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo. Por tanto queda claro que no es requisito para demandar que el supuesto infractor se encuentre ofreciendo sus servicios en el mismo mercado del sujeto activo de la acción.

- **Ámbito objetivo de aplicación**

El Ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal se encuentra contenido en el artículo 2 de la ley 256 de 1996. Según este mandato, es indispensable para que un acto sea calificado como desleal que se realice en el mercado y con fines concurrentiales.

Así, el ámbito está conformado por dos situaciones que se deben obligatoriamente presentarse: una, que la conducta se realice en el mercado y dos, que la conducta tenga fines concurrentiales. Que se realice en el mercado se trata que la conducta tenga trascendencia al exterior y no se quede internamente dentro de la mente del sujeto infractor. No significa lo anterior que los actos preparativos a un acto desleal no sean castigados, pues recordemos que existe la acción preventiva, en la cual se evita la realización de una conducta prohibiendo la misma.¹³ De esta manera la conducta presuntamente desleal tiene que haber sido exteriorizada y no quedar en pensamientos.

En cuanto a los fines concurrentiales, se establece en la ley una presunción legal en la cual se presume concurrencial cuando la conducta se revela objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación propia o de un tercero dentro de un mercado. Considero que esta presunción no es la única forma de encontrar la finalidad concurrencial del acto, pudiendo ser probada mediante cualquier otro tipo de situación. En lo personal creo que, el fin concurrencial se determina si la conducta que se investiga es apta para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias a de las de un tercero.¹⁴ Es decir, la finalidad del acto debe ser que el infractor o un tercero puedan concurrir a un mercado valiéndose del desarrollo de ese acto malintencionado. El acto debe ser apto para permitir esa concurrencia desleal en el mercado.

- **Ámbito territorial de aplicación**

El ámbito territorial se refiere a las consecuencias de una conducta dentro del mercado colombiano, independientemente el lugar donde hallan sido desarrolladas las mismas. Según el artículo 4 de la ley 256 de 1996, el régimen de competencia desleal se aplica a los actos cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

13. En el artículo 20 de la ley 256 de 1996 aparecen las acciones declarativa y preventiva

14. La ley 256 de 1996 tomo como referencia la ley de competencia desleal de España, contenida en la ley 3 de 1991. Dentro del preámbulo de esa ley se determina que el acto es concurrencial si su finalidad es promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Esta referencia es importante pues se encuentra ubicada en lo que nosotros llamamos exposición de motivos. Documento que sirve al interpretar para determinar el alcance de una ley.

De tal suerte en materia de derecho internacional privado se adopta un criterio unilateral de conexión, consistente en que cada mercado afectado conoce del acto de competencia desleal. El punto tratado entra en discusión cuando se observa que en la norma se menciona la ley se aplica a los actos cuyos efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano. Que debemos entender con esto: competencia preponderante de país donde se producen principales efectos. En mi criterio, considero que cada país es autónomo en iniciar una investigación siempre y cuando lo que se investigue sea una consecuencia que ocurrió en el mercado soberano. Entonces cada país guarda soberanía, limitando su investigación a los efectos ocurridos dentro de su ámbito territorial. De tal suerte, nuestra nación debe ser soberana al momento de establecer si los efectos de la conducta tienen sus principales consecuencias en el mercado colombiano.

De esta manera en el artículo se establece una premisa general, la cual genera a su vez muchas hipótesis. Veamos:

- Un acto realizado en Colombia que no tiene efectos en el mercado colombiano pero sí en mercado de otro país
- Un acto realizado en Colombia que tiene efectos en el mercado colombiano
- Un acto realizado por fuera de fronteras con tiene efecto en el mercado colombiano
- Un acto realizado por fuera de fronteras sin efectos en el mercado colombiano

De esta manera sólo serán investigadas las conductas que tengan efectos en nuestro mercado, independientemente donde se gestan bien sea en nuestro territorio o por fuera de él. Ahora bien, si la conducta no tiene efecto en Colombia y fue desarrollada en nuestro país, no podría ser castigada como desleal por nuestras normas. Lo mismo ocurrirá con la conducta gestada en el extranjero y que no sobrepase nuestras fronteras.

b. Supuesto fáctico desleal

El segundo elemento de la fórmula de adecuación normativa está compuesto por los supuestos fácticos de competencia desleal. Anotaba que la sola presencia de una conducta que encuadre en el supuesto fáctico de deslealtad no puede ser calificada independientemente como desleal, pues requiere la presencia de los ámbitos de aplicación mencionada en el punto anterior y de la legitimación activa, sobre la cual se tratará adelante. En este punto se explicará la ubicación legal de cada uno de los supuestos desleales, sin profundizar sobre los elementos de cada supuesto, lo cual quedará pendiente para otro documento.

El legislador de 1996 encontró la necesidad de regular de manera general las relaciones existentes entre los comerciantes dentro de un mercado, pero se percató que la competencia es una materia que brinda derechos y responsabilidades no sólo a comerciantes sino a todos los que tienen intervención en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Por ello diseñó un catálogo de supuestos fácticos encaminados a prohibir y sancionar conductas sobre las cuales presume la deslealtad.

A continuación se mencionará el catálogo establecido por nuestro legislador para este efecto:

- Prohibición general

No todas las formas de deslealtad podrían ser plasmadas en la ley, pues se corre el riesgo de dejar por fuera algunas no previstas al momento de legislar o porque el desarrollo de los mercados también puede crear nuevas formas o modelos de deslealtad. Atendiendo lo anterior, en el artículo 7 de la ley 256 de 1996 fue establecida la prohibición general de competencia desleal, por medio de la cual se descalifican los comportamientos de comerciantes que no observen el principio de buena fe comercial.

- Supuestos enunciativos

Los supuestos enunciativos están conformados por los comportamientos sobre los cuales el legislador consideró una presunción de deslealtad, siempre y cuando se presenten rigurosamente los elementos mínimos contenidos en cada supuesto fáctico desleal.

Es muy importante tener en cuenta que cada mandato enunciativo representa una presunción legal establecida por nuestro legislador, en donde cada enunciado presenta los elementos que deben concurrir para ser operante la presunción y calificar así un comportamiento como desleal. Sobre el particular debe observarse el régimen de presunciones en donde nuestro código civil anuncia que las presunciones legales admiten prueba en contrario. Lo relevante de esta parte, es entender que los supuestos enunciativos representan presunciones legales y que el legislador se tomó el trabajo de señalar en cada uno los elementos que se deben cumplir para que opere la presunción, dejando la carga de la prueba para el denunciante y salvaguardando para el denunciado la prueba en contrario.

Los supuestos desleales contenidos en la ley 256 de 1996, son los siguientes:

- Actos de desviación de clientela¹⁵
- Actos de desorganización¹⁶
- Actos de confusión¹⁷
- Actos de engaño¹⁸

15. Artículo 8 de la ley 256 de 1996

16. Artículo 9 de la ley 256 de 1996

17. Artículo 10 de la ley 256 de 1996

18. Artículo 11 de la ley 256 de 1996

- Actos de descrédito¹⁹
- Actos de comparación²⁰
- Actos de imitación²¹
- Explotación de la reputación ajena²²
- Violación de secretos²³
- Inducción a la ruptura contractual²⁴
- Violación de normas²⁵
- Pactos desleales de exclusividad²⁶

En cada uno de estos supuestos aparecen contenidos los elementos para hacer operante la presunción que se comento.

- Deslealtad de los administradores

Dentro de la ley 222 de 1995 se incluyeron los deberes de los administradores. En los deberes aparece para un administrador como falta de lealtad participar directa o indirectamente en el capital de una empresa dedicada a la misma actividad donde el es administrador, a no ser que cuente con autorización de la junta directiva de la sociedad donde presta sus servicios.

Es este un supuesto especial a los administradores, contenido en la ley 222 de 1995.

c. Legitimación activa

En las disposiciones contenidas en la ley 256 de 1996 aparece un requisito especial de procedibilidad, como es la legitimación activa, exigida a quien interpone una acción por competencia desleal. Con este elemento se terminará de explicar los elementos de la adecuación normativa.

En el artículo 21 aparece contenida la legitimación activa. Dentro de esta norma se señala que cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses se vean amenazados o perjudicados por los actos de competencia desleal está legitimada para iniciar las acciones de competencia desleal. Así mismo se establece que, además están legitimados para accionar: las asociaciones o gremios; las asociaciones de consumidores; la procuraduría general de la nación.

19. Artículo 12 de la ley 256 de 1996

20. Artículo 13 de la ley 256 de 1996

21. Artículo 14 de la ley 256 de 1996

22. Artículo 15 de la ley 256 de 1996

23. Artículo 16 de la ley 256 de 1996

24. Artículo 17 de la ley 256 de 1996

25. Artículo 18 de la ley 256 de 1996

26. Artículo 19 de la ley 256 de 1996

Son muchos los puntos a tratar:

- Persona que participe o de muestre su intención de participar en el mercado

Bajo este precepto fáctico volvemos al concepto de participante en el mercado, entendido como toda persona que interviene en la oferta, demanda o distribución de bienes y servicios dentro de un mercado determinado.

Ahora bien la legitimación se otorga a quien participe o quien demuestre su intención de participar, es decir, comerciante o no comerciante. Para entender el concepto de participante recordemos lo que se señaló al explicar el ámbito de aplicación de esta ley. En mi criterio considero que el verdadero ingrediente de legitimación se encuentra al observar que la ley exige que ese participe o próximo participante posea unos intereses económicos que resulten perjudicados o amenazados adelantado por el presunto infractor. Por tanto, existe un condicionamiento especial para que opere la legitimación, que consiste en demostrar que existe un perjuicio o una amenaza, ya que sin estos elementos estaremos de una persona sin legitimación, lo cual significa en términos legales que no está habilitado para presentar una acción por competencia desleal.

Dentro de este grupo estarán los consumidores individualmente considerados, los oferentes de un producto, los distribuidores dependientes, distribuidores independientes, productores y todo aquel que tenga participación en el mercado.

Un avance importante haber dejado atrás la hipótesis legal según la cual era necesaria una relación de competencia entre los sujetos en contienda en una demanda de deslealtad. Hoy no se exige esa relación de competencia entre sujeto activo y pasivo, por lo tanto debe afirmarse que la legitimación activa no la otorga la relación de competencia, sino el perjuicio o amenaza a los intereses económicos de un participante en el mercado como consecuencia de un acto desleal adelantado por otra persona.

- Asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros
- Asociaciones que tengan como finalidad la protección al consumidor, en la medida que se afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores
- El procurador general de la nación en nombre respecto de aquellos actos que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

Las últimas tres personas legitimadas representan intereses colectivos. Entonces se presentan como legitimados los miembros de una agremiación de comerciantes, las asociaciones de consumidores y por último, el procurador en nombre de toda una nación. La característica principal de estos legitimados es que existe un condicionamiento especial para que se de esta legitimación, y es que los intereses de sus miembros se vea

gravemente amenazado o perjudicado. Por ello, considero que estas personas están legitimadas sólo si se presenta esta calificada consecuencia. Si no se cuenta con esa situación, la asociación, agremiación o el procurador no tendrían la legitimación establecida en la ley, la cual no nace en virtud de la conformación de la asociación o de nominación a un cargo, sino de la especial situación de gravedad por un comportamiento, la cual, dicho sea de paso, en caso de faltar, deja legitimado solo a la persona individualmente perjudicada, es decir bajo el primer caso de legitimación explicada, donde no se exige la calificación de gravedad.

Con esto se culmina la explicación de los tres elementos para que se presente la adecuación normativa: ámbitos de aplicación, supuestos fácticos de deslealtad y legitimación activa.

Competencia desleal por uso de signos distintivos

Las empresas deben estar atentas a cuidar los signos con los cuales su clientela los distingue. El régimen de competencia desleal resulta ser un gran aliado para cuidar los signos distintivos.

Mauricio Velandia

Distinción de la empresa - distinción de los productos

Dentro de un mercado se encuentran interactuando sujetos de oferta, sujetos de demanda, un territorio y unos bienes objeto de la relación negocial. El desarrollo de estas variables es una constante que se presenta dentro de un ciclo a lo largo de la cadena de mercado. Son varias las etapas que deben ser recorridas para su configuración. Veamos:

Dentro de todas las actividades comerciales un empresario elige una actividad a desarrollar. Para ello la estudia, identificando las barreras de entrada que existen para adelantarla, observa su entorno, determina los competidores, las preferencias de los consumidores, el grado de especialidad de los productos, los sustitutos de los bienes, la procedencia empresarial, etc.

Si su decisión es adelantar actividades de fabricante o productor de determinado producto, constituye una empresa, estableciendo los bienes que requiere y los proveedores que le suministran materia prima. Una vez adquiere esos bienes procede a transformarlos, implementándoles tecnología y mano de obra, obteniendo por último productos terminados.

Culminado el proceso productivo inicia la etapa de comercialización de esos productos. Para que la comercialización sea efectiva, los productos deben ser distinguidos y diferenciados por los consumidores, siendo necesario el reconocimiento de mercado sobre las expresiones bajo las cuales se identifican esos bienes. Así, la empresa propende por el posicionamiento de la expresión con la cual marcó sus productos, emitiendo para ello pautas publicitarias que permitan dejar en su mercado meta consignadas imágenes que sean recordadas por el consumidor al momento de elegir un producto.

En tal suerte, una es la distinción que hace el consumidor acerca de la procedencia empresarial y otra la distinción que hace el consumidor sobre los productos mismos. Los dos pretenden que los consumidores los identifiquen y diferencien con otros.

Dentro del mercado se presentan comportamiento de agentes económicos que se

apropian de signos distintivos ajenos, lo cual, bajo nuestro régimen, es reprimido por el régimen de competencia desleal, dando uso exclusivo de ciertas expresiones a quienes las han usado o registrado.

Existen intangibles que son de propiedad de una empresa a través de los cuales ésta graba en la mente del consumidor un nombre o la identificación de una expresión con un producto que ella fabrica. Las empresas deben estar atentas a cuidar los signos con los cuales su clientela los distingue. El régimen de competencia desleal resulta ser un gran aliado para cuidar los signos distintivos.

Deslealtad por uso de signos en el mercado

No existe una definición legal de competencia desleal, sin embargo, esta materia puede ser definida como, 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.

Observemos los supuestos de competencia desleal que pueden ser usados en defensa de los signos distintivos de una empresa.

a. Explotación de reputación ajena

De conformidad con el artículo 15 de la ley 256 de 1996 se considera desleal el aprovechamiento de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En el mismo sentido se considera desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas.

Son dos los supuestos fácticos contenidos en el artículo en comento. En la primera parte, aparece contenida la general de explotación de reputación ajena, diferenciando claramente la reputación industrial, la reputación comercial y la reputación profesional. En la segunda parte del supuesto, aparece la presunción legal por uso de signos distintivos. Observemos que lo que se repudia de manera general es la explotación de una reputación adquirida por otro. Aquí, el bien jurídico tutelado es ese, es decir, el reconocimiento favorable que tiene un comerciante dentro del público. La situación planteada en la primera parte del artículo difiere de la segunda. En la primera parte es la general de explotación de reputación ajena y, la otra, es la particular de explotación de reputación ajena.

En el primero, es primordial probar una reputación existente dentro de las tres que se comentan en el artículo, es decir, profesional, comercial o industrial. Deberá adicionalmente demostrarse la explotación de esa reputación por parte de otro, por cualquier medio apto para ello.

En la segunda, estamos en presencia de una presunción legal, en donde cumplida la

situación prevista por el legislador habría lugar a declarar la conducta como desleal, sin la obligación para el perjudicado de probar la previa reputación que él tenía en el mercado con el signo distintivo y dejando a salvo la posibilidad del denunciado para desvirtuar la falta de existencia de esa reputación en el mercado.

Por tanto, la reputación es un elemento que debe debatirse en los dos supuestos, pero si estamos en presencia del supuesto particular de uso de signos distintivos, no es del demandante la carga de la prueba sobre la existencia de su reputación, pues la ley la presume. Así, está en cabeza de la parte demandada el desvirtuar esa presunción.

En ese orden de ideas, en la adecuación normativa de explotación de reputación ajena por uso de signos distintivos estudiada bajo la óptica del segundo supuesto de explotación, deberá probarse: el derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo y el uso por parte del demandado de un signo idéntico al registrado o al usado con legítimo derecho por parte del demandante

Ahora bien, si el signo distintivo usado es parecido pero no idéntico, no se adecuaría al primer supuesto que comentamos. Sin embargo, llegado ese caso, debería tratarse bajo el primer supuesto de explotación de reputación ajena, combinándolo con el supuesto fáctico de imitación, pretendiendo probar una imitación de signo y como consecuencia de ello, una explotación de reputación ajena.

Veamos lo que debería probarse para la adecuación de esta hipótesis: derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo, imitación del signo por parte del denunciado, uso del signo por parte del denunciado, reputación del demandante en el mercado.

b. Imitación

De conformidad con el artículo 14 del régimen de competencia desleal la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

Como se puede observar del contenido, la regla general es que la imitación de prestaciones es libre. De tal manera, los participantes del mercado están autorizados para copiar iniciativas de otro, sin que lo anterior tenga consecuencias desde el punto de vista comercial para quien plagió.

Ahora bien, la regla general tiene una excepción legal, según la cual, se otorga un trato especial a los derechos o prestaciones sobre las cuales se tiene un amparo en la ley. De esta manera, atendiendo que existen bienes o intangibles sobre los cuales nuestras normas de propiedad industrial han otorgado un derecho exclusivo de uso, el régimen de competencia desleal reprocha tomar como referencia un signo o derecho que se encuentra en poder de otro.

Cabe recalcar que la imitación desleal no agrupa la copia idéntica de un signo distintivo

vo con otro, pues esa situación se adecuaría a la presunción de explotación de reputación ajena explicada en el punto anterior. Bajo el supuesto de imitación comentado se sancionan los rasgos parecidos pero no idénticos entre dos signos.

En conclusión tenemos que en nuestro país es de manera general permitida la imitación, pero si se trata de la imitación de signos distintivos amparados en la ley, se castiga como desleal esa conducta. Para que opere este supuesto se requiere probar: derecho sobre un signo distintivo, rasgos en los cuales guardan semejanza o parecido dos signos distintivos, el uso de ese signo parecido por parte del demandado.

c. Descrédito

En el artículo 12 de la ley 256 de 1996 se señala que es desleal cualquier tipo de práctica que tenga como objeto o como efecto desacreditar las prestaciones, actividades o establecimiento de otro.

Así como el régimen de deslealtad castiga el uso de un signo ajeno para apropiarse de la reputación adquirida por otro en el mercado, también el mismo régimen castiga la situación contraria a la reputación, es decir, cuando con el uso del signo ajeno se acaba con el prestigio del titular del derecho. En este orden de ideas la imagen favorable que alcanza un empresario en la mente de los consumidores, con el uso de un nombre comercial o de una marca, esta siempre en riesgo cuando un tercero no autorizado los usa.

El problema se presenta de manera especial cuando el producto, marcado con una expresión parecida o idéntica a la usada legítimamente por otro, no cumple con las condiciones de idoneidad y calidad exigidas por la ley o tenidas en cuenta por el verdadero titular del derecho sobre el signo distintivo, desacreditando así al empresario y a la marca.

Sin embargo, para que opere el descrédito anotado, debe partirse de la confusión por parte del consumidor acerca de la procedencia de los productos o del empresario, ya que si tiene diferenciada la procedencia mal podría desacreditarse, pues ya se conoce su verdadera procedencia. Pero, otro es el caso cuando si se logra probar que la intención del presunto infractor era desacreditar, ya que en esta situación no se requerirá la confusión previa del consumidor.

En este caso el sólo uso del signo distintivo no es suficiente, pues es necesario que se pruebe la intención de desacreditar o el verdadero descrédito sufrido en el mercado.

d. Desviación de clientela, Engaño y Confusión

Existen otros supuestos desleales que pueden presentarse como consecuencia de la imitación o de la explotación de la reputación ajena por el uso no autorizado de signos distintivos. Tal es el caso de la desviación de la clientela, la confusión y el engaño.

Estos tres supuestos podrán ser alegados en la medida que exista concomitante con ellos una imitación o el uso del signo distintivo como tal.

- Se presenta desviación de clientela si el consumidor cree que está comprando la verdadera marca. En este caso los consumidores confunden la verdadera procedencia del producto y la empresa pierde un cliente para ese negocio.
- Se presenta engaño cuando el empresario infractor hace caer en error al consumidor alegando que ese es el producto original y la marca auténtica.
- Se presenta confusión cuando para el consumidor no es clara verdadera procedencia del producto

De esta manera, desde el punto de vista desleal, un comerciante tiene un régimen que le permite defenderse de terceros que abusivamente usan un signo distintivo sobre el cual se tiene un previo derecho de uso.

Que no le desvien deslealmente su clientela...

Las empresas deben defender su derecho a luchar por la clientela dentro de todas las etapas del proceso de compra de un consumidor.

Por Mauricio Velandia

Ninguna empresa sobreviviría en el mercado si no contara con clientes satisfechos con el producto, pues son ellos los que le permiten adelantar las ventas obtener utilidades. Es por esto que la relación con el cliente es lo que mas debe cuidar una empresa, pues es su mayor patrimonio.

Las empresas al participar en un mercado pretenden mantener su clientela, para lo cual trabajan todos los días en la captura de la de los demás competidores; profundizando y aumentando sus estrategias de mercado.

En este sentido es acertado afirmar que la empresa está en una permanente planificación de mercados encaminada a desviar la clientela de otro.

Bajo las normas de competencia se considera desleal la conducta por la cual se desvíe la clientela de la empresa ajena, siempre que el comportamiento sea contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos. Es por esto que las estrategias de mercado desarrolladas por las empresas para ganar mayor clientela deben estar dotadas de cierto entorno que les permita estar tranquilas de no caer en riesgos jurídicos que puedan implicar la calificación de deslealtad en su actuar.

Para determinar y desarrollar este tema de desviación de clientela resulta importante, primero, determinar la forma en que se configura el tema del cliente en materia de mercadeo (situación real) y después ensamblar lo encontrado con lo dispuesto en la norma jurídica diseñada para salvaguardar esa relación, a fin de determinar su alcance y definir cuándo se presenta la consecuencia jurídica, dándole plenitud a la discusión.

Aspecto de mercadeo

Todas las organizaciones exitosas encaminan su actividad a satisfacer a sus clientes, razón por la cual deben identificar el mercado meta. Solo después de identificar a sus clientes, es decir, de definir su mercado meta, es que pueden estudiar las necesidades del consumidor y ofrecerle la satisfacción requerida.

El mercado de consumidores está en constante cambio, por lo cual es necesario observar su conformación. Bajo tal parámetro se determinan variables como edad, genero,

la etapa del ciclo de la vida familiar, la escolaridad, el ingreso y el origen étnico. Estos puntos están estrechamente ligados a la demanda de productos y determinan el nacimiento de nuevos mercados y la eliminación de otros.

Los parámetros indicados son utilizados para segmentar y definir diferentes mercados meta.

En cada mercado meta los consumidores adelantan un proceso de decisión de compra en el cual se presentan varias etapas: reconocimiento de la necesidad, identificación de alternativas, evaluación, decisión de compra y poscompra.

El reconocimiento de la necesidad se presenta cuando el consumo se convierte lo bastante fuerte que motiva al sujeto a la compra. Esta situación puede ocurrir internamente (hambre) o mediante un estímulo externo (publicidad).

Posteriormente el consumidor identifica las alternativas, determinando los productos y marcas alternativas que satisfacen su necesidad. Dentro de estas se encuentran las experiencias con anteriores marcas y la búsqueda de nuevas.

Al tener identificadas sus posibilidades, el consumidor inicia su evaluación de alternativas, estableciendo criterios que rodean la satisfacción de la necesidad. No todas las veces la información es certera sobre el producto quedando el consumidor expuesto a escoger bajo un criterio errado de calidad e idoneidad. Es aquí donde se presenta la decisión de compra, definiendo las circunstancias de precio, tiempo, modo y lugar para realizar la transacción. En el entorno de esta decisión las empresas adelantan actividades para ayudar en la venta dando motivos de compra como es, la comodidad de la ubicación, servicio rápido, accesibilidad a la mercancía, precios, variedad, aspecto del local, aspecto del personal, etc.

Por último, y para culminar el ciclo, se debe establecer el servicio poscompra donde se intenta que el consumidor quede satisfecho con lo adquirido para que cuando vuelva a tener la necesidad escoja la misma marca creando un vínculo denominado fidelidad a la marca.

La anterior descripción presenta una imagen de cómo se crea la clientela desde el punto de vista de mercadeo, mostrando el desarrollo del proceso de decisión de compra del consumidor, bajo cada una de sus etapas.

Veamos ahora el tratamiento jurídico para hilar los dos temas.

Aspectos jurídicos

El mandato prohibitivo de deslealtad por desviación de clientela debe resultar concorde con el contenido constitucional de competencia, en donde se afirma que la libre competencia es un derecho que supone responsabilidades; como lo es, para el caso que se trata, competir por la lucha de la clientela dentro de un mercado de manera leal.

Bajo este aspecto se tiene que la competencia por la clientela es el mandato general. Desviar o perder la clientela está dentro de las posibles consecuencias de competir, lo cual se reafirma, con mayor razón, si se tiene en cuenta que los consumidores están cobijados en sus decisiones de compra bajo el manto de la libertad de escogencia, y que dentro de los deberes de los comerciantes se encuentra como carga de ellos abstenerse de desviar deslealmente la clientela.

Entonces resulta importante delimitar la proposición jurídica contenida en el supuesto desleal de desviación de clientela, determinando su alcance. En ese sentido el hecho imputable tendrá relación no con la responsabilidad de luchar por la clientela, pues esta es la esencia misma de la competencia, sino bajo la hipótesis que esa lucha se adelante bajo comportamientos contrarios a la buena fe. Así, existe un deber de lucha por la clientela, pero esa lucha debe ser leal.

Expuesta la interpretación de la prohibición de desviar la clientela frente a la responsabilidad constitucional de competencia, ahora debe analizarse el bien jurídico tutelado con la norma.

Cliente no es palabra definida en la ley, por tanto es necesario acudir a las normas de interpretación, especialmente al significado natural, así como al sentido técnico tomado por toda ciencia o arte.

En el primero, es decir, bajo el significado natural de cliente, se entiende como toda persona que utiliza con asiduidad los servicios profesionales o comerciales de otro. En el segundo, cliente dentro del glosario de mercadeo es el individuo u organización que toma una decisión de compra, la cual puede ser por una compra nueva (cliente potencial) o por una recompra (fidelidad a la marca).

Se trata de una expresión absolutamente subjetiva, inclusive, la interpretación de cliente que tenga una empresa sobre una persona, puede ser opuesta a la que tenga esa misma persona respecto de la marca o la empresa al no considerarse cliente de ella.

El alcance de la prohibición debe ser concordante con el deber y la responsabilidad de competir en la lucha por la clientela, y es ahí donde cobra fuerza y se enlaza lo mencionado, al tratar el aspecto de mercadeo (realidad de mercado), pues es en todas las etapas del proceso de compra de un consumidor donde se enfrentan las empresas por la lucha de la clientela.

Esta confrontación por ser escogidas se presenta: al momento de crear necesidades en el consumidor; al ser identificada como una alternativa para ser escogida; al poder expresar las condiciones y características de la marca al ser evaluada con otras; al poder ser efectivamente escogida; y al momento de prestar el servicio de poscompra. Cualquier comportamiento de una empresa que contraríe el criterio de buena fe con que deben actuar con el cual impida en alguna de sus etapas la lucha por la clientela, se encontrara castigado bajo el precepto normativo de desviación de clientela.

La desviación desleal de clientela es una norma que defiende a las empresas que actúan de manera correcta, de comportamientos malintencionados de terceros que impiden por cualquier medio que ésta pueda participar en las diferentes etapas del proceso de compra de un consumidor, ya sea que el desviado esté dentro del proceso por primera vez (cliente potencial), o que ya haga parte del proceso bajo la recompra.

Es de gran importancia saber que la clientela se desvía, entre otras, impidiendo el impulso de una necesidad; obstruyendo el destino o entrega de una oferta al mercado; engañando sobre un producto al momento en que el consumidor evalúa alternativas de adquisición; entorpeciendo o imposibilitando la celebración de un negocio; y desbaratando la imagen de una marca o de una empresa, no obstante que el consumidor ya compró o contrató, pues no se le permite a otra empresa la lucha por la clientela donde ella puede ser la elegida.

Lo anterior, para poner en alerta no solo a aquellas empresas que pueden estar cometiendo alguna de estas actuaciones, sino para aquellas a quienes se les está impidiendo su competencia leal por la clientela.

Resulta de la mayor importancia que las empresas aprendan a identificar lo descrito anteriormente, para que se defiendan ejerciendo su derecho en la participación en la lucha por la clientela, dentro de todas las etapas del proceso de compra de un consumidor.

La oferta engañosa genera competencia desleal

Por Mauricio Velandia

Un consumidor basa su decisión de compra en las características de los productos que son ofrecidos en el mercado. En este sentido identifica las alternativas del mercado y escoge la que más se acerca a lo pretendido.

Pero qué ocurre cuando una empresa en provecho de una falta de identidad de lo ofrecido con lo real es finalmente elegida o hace parte del abanico de posibilidades y alternativas que pueden ser escogidas por el consumidor.

Nuestro ordenamiento contiene supuestos fácticos que tratan el tema. En este sentido lo primordial es proteger al consumidor respecto de la situación planteada, pues él adquiere un producto bajo una creencia equivocada, naciéndole el derecho a exigir la garantía sobre el bien.

En virtud de la plenitud del ordenamiento, esta situación no solo resulta ilegal bajo el imperio de las normas de consumidor, sino que también lo es frente a las normas de competencia, particularmente por la deslealtad de la situación, pues se castiga que una empresa que concurra al mercado difunda indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente ofrecidas.

Lo anterior nos lleva inmediatamente a una conclusión: un mismo hecho puede vulnerar diferentes disciplinas jurídicas en cuyo cuerpo difieren dos distintos bienes jurídicos tutelados. En nuestro caso por una parte, normas de consumidor, las cuales frente al error da derecho a exigir la garantía sobre los productos y, por otra parte, normas de competencia desleal donde se castiga el ofrecimiento de bienes bajo indicaciones falsas dando lugar en muchas ocasiones a una indemnización de perjuicios para las empresas competidoras a las cuales la conducta les repercute.

En este sentido resulta de la mayor importancia indicar la forma como las empresas deben defenderse de estrategias comerciales adelantadas por otras, tratando de ser elegidas frente a aquellas que pretenden el error.

El error

Son muchas las líneas que se han escrito sobre este punto. Se ha indicado que existe error vicio cuando se forma una determinada voluntad interna sobre la base de una creencia inexacta. En este sentido el motivo del adquirente no es real.

En la teoría del error se asimila en muchas ocasiones este concepto al de ignorancia; hablándose también de error vicio cuando la voluntad se formó de manera errónea, no por la transmisión del conocimiento equivocado, sino aprovechándose de la falta de conocimiento de la realidad por parte del interesado. Para el derecho los dos son ilegales.

Para impugnar esta situación dentro de un negocio jurídico se ha determinado que el error debe ser esencial, en el sentido de que sin haberlo padecido no se hubiese emitido la declaración.

Estos apartes elementales de error no solamente son tomados para efectos de la materia de negocio jurídico, sino que también son retomados por normas de derecho de los mercados y aplicados dentro del régimen de consumidor y competencia.

El Error en materia de competencia desleal

Pensemos en un escenario normal de mercado donde las empresas ofrecen sus bienes informando a los clientes potenciales acerca de las bondades de sus productos. En este escenario el consumidor detectará sus alternativas de compra, las estudiará y escogerá la mejor, ganando lealmente un cliente la empresa elegida.

Ahora veamos un escenario opuesto al planteado, donde existe una empresa que ofrece sus bienes bajo informaciones que no concuerdan con la realidad, estando por encima o igual que otras que ofrecen características ciertas. En este último escenario resulta que la primera empresa concurre al mercado aprovechando sus mentiras u omisiones, lo cual para competencia es calificado como desleal.

La concurrencia al mercado basada en la mala fe es castigada por las normas de competencia, cuidando a los comerciantes que son leales en su concurrencia y especialmente dentro de la etapa llamada el momento de la verdad; etapa en la cual el consumidor efectivamente se decide por una de las alternativas del mercado

Por esta razón es desleal el comportamiento y no requiere una realización efectiva del negocio jurídico, pues bajo el engaño una empresa se convierte en alternativa para el consumidor, estando presente dentro del proceso de compra del adquirente de manera injusta, pues sus productos no cuentan de manera real con las calificaciones que ella pregona.

De acuerdo con la ley 256 de 1996 se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre las características de los productos.

Bajo este contexto de error, entendido como la imagen incorrecta de la realidad, se castiga el ofrecimiento de productos con características que no concuerdan con lo verdadero, no siendo necesario que el error, para ser calificado como ilegal, requiera haber estado presente en la voluntad de un adquirente, pues para el mercado es suficientemente gravoso que exista una empresa difundiendo ofertas que no son ciertas.

Es decir, la ley de competencia desleal tiene en cuenta los errores que se presentan dentro de lo que denominamos las tratativas o precontractuales del negocio. No es necesario para las normas de competencia desleal la efectiva compra de un consumidor en situaciones erróneas para que el supuesto fáctico que nos ocupa sea aplicable y tenga una consecuencia jurídica.

En tal suerte, la sola afirmación falsa acerca de las propiedades del producto resulta ilegal, no solo cuando se contrata (vicio de consentimiento), sino que también esa situación es tratada de manera ilegal por la reglamentación de mercado, donde la información errónea sobre las características del producto a un potencial adquirente genera una ventaja competitiva desleal para el agente que la adelanta (competencia desleal).

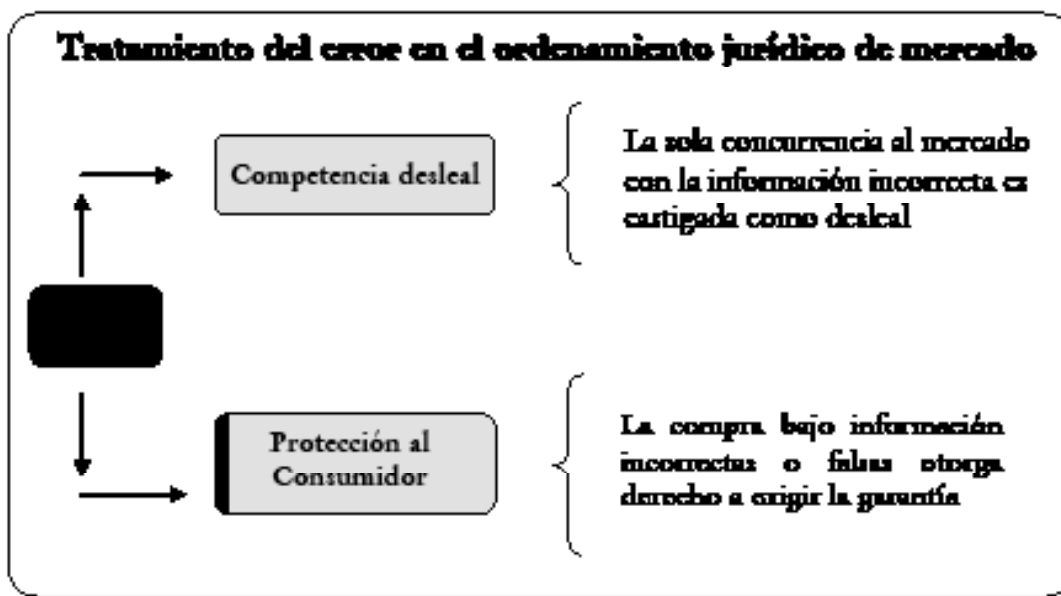
Bajo esta clase de deslealtad se presenta error en el mercado cuando una empresa ofrece bajo una conducta activa productos basada en irrealidades comerciales, o cuando con conducta pasiva ofrece, al amparo de la falta de información de un consumidor no habitual del mercado, productos que tan solo satisfacen la necesidad en la mente del consumidor, pero que al verificar las verdaderas condiciones éstas no satisfacen lo necesitado.

En los dos casos la empresa concurre al mercado de manera desleal.

Error sobre el producto ajeno y propio

Bajo algunas interpretaciones se considera que el error pregonado por la ley 256 de 1996 solo es sobre los productos ajenos, lo cual no compartimos en la medida que una lectura completa del supuesto enunciativo es suficiente para llegar a una conclusión opuesta. Pero en realidad la discusión es inocua al observar que bajo la prohibición general no son permitidos actos que permitan la concurrencia en contra de la buena fe comercial, como es en este caso la presentación de ofertas bajo error.

Las empresas deben estar pendientes de cómo concurren al mercado sus competidores y estar atentas en denunciar a aquellas que intenten ser escogidas bajo ropajes falsos. Con eso ganamos todos.



Volvieron los piratas! (pero de marcas)

La acción de protección al consumidor es otro mecanismo para luchar contra los piratas de marcas. Es la única forma de tener variedad de bienes, precios y servicios en un mercado.

Por Mauricio Velandia

Todavía recuerdo con gusto las historias de la Isla del Tesoro. Un loro que colgaba del hombro de un cocinero, el mapa de un tesoro, una persona abandonada en una isla, un parche y no podía faltar, la pata de palo que identificaba al pirata. Pillos ladrones del mar.

La palabra "pirata" proviene del griego y su significado es "el que emprende", "el que intenta fortuna". Los piratas eran ladrones del mar que actuaban al margen de toda ley. Sus fines no eran políticos, buscaban su propio beneficio y no servían bajo ninguna bandera que no fuera la Jolly Roger (o bandera pirata).

Desde hace mucho tiempo en el mercado se presenta un fenómeno conocido como la piratería marcaria. Es claro el perjuicio que le hacen estos personajes a una economía, sin embargo, vale la pena repasar algunos aspectos básicos sobre los cuales descansa el derecho marcario, para así responsabilizarnos como consumidores en la lucha contra estos corsarios, quienes intentan una fortuna aprovechándose del camino recorrido por otros en un mercado.

El posicionamiento de la marca

Los productos son los lazos que unen a la empresa y al consumidor. La marca es una expresión o una señal cuya finalidad es identificar el producto para diferenciarlo de productos rivales. Desde el punto de vista del consumidor la marca le garantiza una calidad uniforme cuando vuelva a adquirirlo.

En todo proceso de compra los consumidores adelantan en su mente un análisis de las marcas reconocidas y adquieren la mejor imagen que tengan de ellas. Si el producto cumple con sus expectativas esta persona repetirá la compra del producto cuando nuevamente lo necesite.

En este sentido la entrada al mercado puede ser la situación más difícil para una empresa, pues debe cambiar la imagen que tiene un consumidor de productos que ya se encuentran gravados en su memoria, emprendiendo la tarea para reposicionar la competencia.

Lo que se ha comentado se denomina el posicionamiento de una marca. Para que este fenómeno se presente, los expertos en mercadeo han explicado que todo producto recorre un camino antes de estar posicionado:

Se parte de una etapa de desconocimiento, pues los consumidores ignoran el nuevo producto. La empresa emprende la labor de conocimiento, involucrando campañas publicitarias que permitan al consumidor conocer las características del producto, intentando dejar gravada en su mente una expresión que permita diferenciar el producto frente a otro. En respuesta a la publicidad, siempre y cuando esta sea efectiva, el mercado despierta interés sobre el producto.

De acuerdo al interés creado, el consumidor prueba y compra por primera vez, obteniendo su propio criterio sobre el bien. Este es el verdadero momento de la empresa en el mercado. Si es aceptada por el consumidor, es decir, satisface la necesidad del consumidor, éste deja de ser un simple comprador y pasa a convertirse en un cliente, quien en adelante mantendrá una fidelidad hacia la marca.

Las anteriores etapas son necesarias para hablar del posicionamiento de las marcas, lo que se traduce en el reconocimiento que hace una mercado a las características de un producto, así como al nivel de aceptación que tiene éste en su clientela, lo cual permite estar seguro de unas calidades mínimas que han sido frecuentes, las cuales se comprueban por la fidelidad en la compra.

Ahora, el posicionamiento debe ir acompañado de una profundización en el mercado, organizando estructuras de distribución que permitan asegurar la presencia del producto dentro del mercado.

Estos aspectos nos llevan a donde queremos llegar: en el posicionamiento y profundización de la marca la empresa invierte anualmente grandes cantidades de dinero. Desde la etapa de mercadeo, donde determina lo que necesita el consumidor, agregando determinada calidad e idoneidad a sus productos, pasando por labores de publicidad, canales de distribución, servicios postventa, y hasta estudios de aceptación del producto, son labores que involucran dinero para las empresas y seguridad para los consumidores.

Cuando terceros no autorizados utilizan en sus productos los signos de otros, actúan por fuera de la ley, aprovechándose del esfuerzo alcanzado por otro dentro del mercado, emprendiendo fortuna sobre una expresión que nos les pertenece, rompiendo la seguridad y confianza que los consumidores tienen sobre su producto preferido. Es decir, son piratas de signos distintivos.

Consecuencia de mercado

En la medida que exista una variedad de marcas dentro de un mercado, de la misma manera existirá, de manera directa, una multiplicidad de calidades y precios para escoger. Por ello, lo más importante en una economía es la entrada de nuevos productos al mercado.

La piratería marcaría es la falta de confianza en lo propio, lo cual resulta fatal para un mercado. Las nuevas empresas pueden crear su propio producto y marcarlo con deter-

minada expresión, capturando su propia clientela. Sin embargo, deciden el camino más corto, como es tomar una expresión posicionada y marcar sus productos con esa denominación sobre la cual otro tiene el derecho.

Lo perjudicial para el mercado es que, de una parte, se engaña al consumidor sobre la verdadera adquisición de una calidad y conjunto de características, y por otra, se trata de un producto nuevo que no entra a ser una opción para el mercado, pues se denomina igual que uno ya posicionado, es decir, no existe aumento en el abanico de marcas a escoger, con riesgo de ocurrir todo lo contrario, pues la marca pirata, al no contar con controles de calidad, puede desacreditar la imagen que tiene el consumidor sobre la verdadera, lanzando por la borda todo el esfuerzo de posicionamiento de marca implementado por la empresa.

Acción del consumidor

Son muchas las acciones que han sido expuestas para perseguir a los piratas marcarios: especialmente, acciones comerciales y penales. Aparte de las mencionadas existe una administrativa que está en cabeza del consumidor, la cual pretende erradicar el engaño de marcas dentro del mercado. Veamos:

El régimen de protección al consumidor se encuentra contenido en el decreto 3466 de 1982. Allí, entre otras, aparece contenido el régimen de publicidad, castigando a los comerciantes que ordenen o emitan mensajes que engañen al consumidor.

Según ese decreto, propaganda comercial es todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad.

En la misma línea en el decreto en mención se indica que está prohibida las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. Bajo el anterior supuesto se compromete la responsabilidad de la empresa que usa el signo de otro.

En todos los casos que la Superintendencia de Industria y Comercio compruebe, de oficio o a petición de parte, que las marcas, las leyendas y la propaganda comercial de bienes o servicios no corresponden a la realidad o inducen a error, impondrá una multa y ordenará al productor, en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial y que se tomen las medidas necesarias para evitar que se incurra nuevamente en error o que se cause daño o perjuicio a los consumidores.

Resulta de la mayor importancia que las empresas trabajen en la fidelidad de la marca, pero que aprovechen ese cariño que le tienen los consumidores, invitándolos a denunciar aquellos casos donde han resultado engañados por la adquisición de productos piratas pensando que estaban comprando los de verdadera procedencia. Es otra forma de defenderse.

Esperemos que la canción del libro de La Isla del Tesoro no sea aplicable a nuestras empresas. Los piratas cantaban, "Quince hombres sobre el cofre del muerto, ¡yo-ho-ho, y la botella de ron! El diablo y el ron hicieron el resto, ¡yo-ho-ho, y la botella de ron!" Debemos impedir que nuestras empresas, que cumplen con las normas de mercado, se conviertan en el muerto de la canción, y que los quince hombres encima del cofre sean esos piratas que no respetan el mercado y nos engañan.

Los consumidores y las empresas deben hacer aplicable esta acción y emprender la lucha contra los corsarios. Es la única forma de tener variedad de bienes, precios y servicios en un mercado.

La posición de dominio y su abuso

Tiene diferente efecto la conducta adelantada por una empresa que ostenta posición de dominio frente a la conducta adelantada por otra empresa que no ostenta esa posición

Mauricio Velandia

Cuantas veces hemos oído que dentro del mercado se afirma “esa empresa abusa de su posición de dominio.” No es claro el alcance y las consecuencias de tan temida afirmación.

Por considerarlo de la mayor importancia para las empresas, consumidores y clientes, presentamos una breve descripción de la figura del abuso de la posición de dominio dentro del régimen de derecho de los mercados.

El punto de partida

La facultad que tienen los particulares para arreglar entre sí parte considerable de sus relaciones sociales se conoce en lenguaje jurídico como el uso de la autonomía de la voluntad. El Estado otorga una atribución y eficacia a los negocios adelantados por los particulares en virtud del uso de esa autonomía.

Sin embargo, la autonomía comentada cuenta con límites o barreras en la capacidad dispositiva, como lo es, entre otros, el orden público, en cuyo contenido se representa el gobierno por vía impositiva de la conducta individual en aras del interés común, protegiéndose con ello las demás libertades con que cuentan los particulares.

En desarrollo de este principio, nuestro régimen económico determina que la actividad económica y la iniciativa son libres. En tal sentido, los particulares pueden escoger el negocio al cual se dedicará su empresa. Esta libertad empresarial se desarrolla en medio de un entorno legal en donde también se presentan límites a la capacidad dispositiva de los empresarios, así, de acuerdo a las condiciones de una empresa frente al mercado en que participa, el comerciante obtiene mayores o menores responsabilidades legales.

La posición de dominio tiene como punto de partida la autonomía de la voluntad y su límite frente a normas del orden público económico. Según la legislación económica las empresas que ostenten posición de dominio en un mercado encuentran mayores cargas y límites en su actuar comercial en comparación con aquellas empresas que no cuentan con esa posición. Entonces, tiene diferente efecto la conducta adelantada por un agente que ostenta posición de dominio frente a la conducta adelantada por otra empresa que no ostente esa posición.

Posición de dominio dentro de un mercado

Según nuestra Constitución Política, el Estado evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición de dominante en el mercado nacional. Con base en esta afirmación es que se determina que la posición de dominio no es ilegal dentro de nuestro mercado.

La posición de dominio está definida en nuestra ley como la posibilidad que tiene una empresa para determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado. Para la Superintendencia de Industria y Comercio tal posibilidad debe ser ejercida independientemente del comportamiento de competidores y consumidores.

Dentro de un mercado un agente ostenta posición de dominio cuando, en virtud de su alto desarrollo comercial y poder de mercado, cuenta con la posibilidad de en su actuar prescindir de las estrategias de mercadeo de sus competidores, así como de las preferencias y gustos de los consumidores. Es una mera posibilidad de dependencia de un mercado hacia un agente con un gran poder dentro de ese segmento.

La adquisición de esa posición resulta ser la consecuencia final de la eficiencia empresarial, en donde una empresa derrota a gran parte de la competencia, siendo la preferida del mercado, al punto de concentrar un poder de mercado suficiente para excluir de su comportamiento al resto de la competencia existente, siéndole indiferente el pensamiento de los consumidores.

El Estado estima que, no obstante ser legal la posición de dominio, las empresas con esa posición representan un mayor riesgo para el mercado, por ello decide limitar su autonomía de la voluntad e imponer mayores responsabilidades a esos agentes frente a empresas que no cuentan con ese poder, salvaguardando así el interés general por encima del interés individual.

Evaluar el dominio de un agente dentro de un mercado representa una gran responsabilidad. La decisión de que una empresa no es dominante, cuando realmente lo es, puede generar que esa empresa aproveche su poder y, por no tener límites, concentre un mayor poder excluyendo la competencia, causando un perjuicio en un futuro a los consumidores. En el mismo sentido, determinar que un agente es dominante cuando no lo es, limitaría el campo de acción de ese agente, impidiéndole competir con una mayor libertad en beneficio de los consumidores.

Para determinar la posición de dominio dentro de un mercado las autoridades encargadas del tema deben adelantar un estudio económico: Lo primero, es definir el mercado relevante en donde la empresa presuntamente ostenta posición de dominio. Para ello debe describirse el mercado producto y el mercado territorio. El Mercado producto representa los bienes que son sustituibles entre sí, por características como precio, calidad y uso. El mercado territorio determina la región en donde compiten las empresas. Una vez definido el mercado relevante, debe pasarse a estudiar si económicamente la empresa tiene poder de mercado. Para ello se determina si el agente puede mantener precios por encima del nivel de mercado, sin perder muchas ventas, de modo que el precio más alto sea el rentable.

Cuándo un agente ostenta o no una posición de dominio en un mercado determinado, es una situación de hecho que dependerá de factores tales como: la participación del agente en el mercado, las condiciones de acceso al mismo, las características de la producción en dicho mercado, la existencia o inexistencia de excesos de capacidad, de acciones tomadas por el gobierno, de la situación del mercado (mercado estable o en crecimiento), de la estructura y características de la empresa, entre otros.

Como se observa, no es fácil afirmar que un agente ostenta posición de dominio dentro de un mercado. Es reservada tal calificación a aquel agente sobre el cual, después de ser evaluado económicamente dentro de un mercado relevante, se encuentra que puede determinar el precio dentro de un mercado excluyendo a la competencia. El agente económico que se encuentra en dicha situación tiene limitada su capacidad dispositiva frente a empresas que no ostentan esa situación.

Lo ilegal: el abuso de la posición de dominio

Como se señaló, la posición de dominio impone mayores responsabilidades a la empresa que la ostenta. En caso de no ser observadas esas responsabilidades la conducta es calificada como abuso de la posición de dominio. Veamos:

- Precio predatorio: Práctica mediante la cual el agente con posición de dominio vende sus productos por debajo de costos con la finalidad de eliminar a un competidor o prevenir su entrada.
- Discriminación: La posición de dominio genera un principio de favorabilidad, en donde otorgadas unas condiciones por un agente con posición de dominio a un consumidor, los demás consumidores que se encuentren en la misma condición adquirirán derecho a un igual trato. La inobservancia de esta regla genera abuso de la posición de dominio
- Ventas atadas: En las ventas de un agente con posición de dominio adicionar al producto obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza propia del negocio, genera abuso de la misma.
- Ventas con precios diferentes a la cadena de comercialización: Vender a precios diferenciales a la cadena de comercialización cuando la intención sea eliminar a un distribuidor o a una empresa representa abuso de la posición de dominio
- Precios diferenciales en el territorio nacional: La venta bajo precios diferentes dentro del territorio nacional con la intención de eliminar la competencia en una región conlleva un abuso de la posición de dominio.

La libre competencia como parte integrante del derecho de mercado se ocupa del tema del abuso de la posición de dominio de mercado. Los abusos contractuales que no afecten el mercado no pueden ser observados por la libre competencia como una práctica comercial restrictiva, pues involucra asuntos individuales que no ponen el riesgo el interés general. Solo en los casos que éstos afecten el mercado cobra vigor el tema de libre competencia.

Posición de dominio contractual vs. posición de dominio de mercado

Las dos figuras no guardan similitud. La posición de dominio contractual representa una mayor fuerza en uno de los extremos contractuales. Esta situación generalmente se desarrolla bajo los contratos prediseñados por la parte fuerte del negocio, dejando de lado la posible discusión con su contraparte respecto del contenido contractual. En este sentido, el poder contractual lo posee quien impone las prestaciones del negocio. Como se observa se trata de un asunto de interés particular que solo interesa a las partes, siendo el juez la autoridad competente para calificar una cláusula como leonina.

A diferencia del poder contractual, la posición de dominio de mercado se trata de la situación particular de una empresa frente al mercado en donde participa, encontrándose, bajo un estudio económico, que ésta puede determinar la variable precio excluyendo a la competencia. Entiéndase como una dependencia del mercado relevante hacia una empresa.

La posición de dominio contractual no es un tema cobijado por el derecho de los mercados, pues, por ser un asunto de interés particular, el Estado permite que sea debatido como un asunto entre partes. En cambio, la posición de dominio de mercado si es un tema regulado por el derecho de los mercados, estando el Estado pendiente para investigar y castigar de oficio o a solicitud de parte cualquier irregularidad en desarrollo de ese poder de mercado, pues se trata de un interés general, como es la libre competencia económica.

Así, mientras el abuso contractual es un tema entre partes y solo a ellas le interesa, por su parte, el abuso de mercado, es un tema de orden público económico que nos interesa a todos.

Autoridades que investigan el abuso de la posición de dominio

La Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad que tiene a su cargo la investigación y calificación del abuso de la posición comentada en un mercado. Sin embargo, no es la única autoridad a cargo del tema, pues bajo la ley 472 de 1998, fueron implementadas las acciones populares, las cuales, permiten adelantar asuntos en contra de la libre competencia, como lo es el indicado, haciendo uso de una nueva vía expedita que cubre los intereses colectivos.

Otras autoridades que tienen bajo su control especiales actividades, como los son, la Superintendencia de Servicios Públicos o la Superintendencia Bancaria, también califican para ese sector tales abusos, sin excluir la competencia del juez constitucional mediante las acciones populares.

El abuso de posición dominante contractual y de mercado

Se habla en los últimos días de posición de dominio. Consideramos importante dar nuestra posición acerca del tema.

Una cosa es la posición de dominio contractual y otra es la posición de dominio de mercado.

La posición de dominio de mercado aparece regulada en la normas de libre competencia, particularmente en el Decreto 2153 de 1992. Allí se define que la posición de dominio se presenta cuando un agente económico puede fijar las condiciones de un mercado. Desde el punto de vista económico eso se presenta cuando se está en presencia de un mercado no elástico desde el punto de la oferta y de la demanda, es decir, cuando un agente puede aumentar los precios independientemente de competidores y de consumidores.

Cuando una empresa ostenta posición de dominio en adelante tiene limitada su autonomía de la voluntad, su poder dispositivo. Es decir, a él le es aplicable lo indicado en el artículo 16 del Código Civil, en cuanto que en su actuar encuentra límites como son el orden público y las buenas costumbres. Entonces, por ser las normas de competencia supuestos de derecho público económico, aquel sujeto con posición de dominio no puede desbordar ese límite, conocido como abuso, y en caso de sobrepasarlo su comportamiento es calificado como abuso de la posición de dominio de mercado.

En tal sentido, se trata de normas con sujeto destinatario específico, pues son prohibiciones que solo lo son para el que ostente posición de dominio, de ahí, que sea usual la frase "solo puede abusar de la posición de dominio de mercado quien tenga posición de dominio de mercado."

Otra es la posición de dominio contractual.

La posición de dominio contractual no observa el mercado, sino la relación comercial entre dos partes, donde para nada operan las normas de oferta y demanda, ni la posición de las partes dentro del entorno de mercado. La situación se presenta cuando, entre otros, dentro de la elaboración y conformación de un contrato las partes no cuentan con las mismas oportunidades de discusión del contenido, generando situaciones ventajosas para una de las partes, la cual se convierte en abusiva cuando son usadas en desmedro de la parte débil del contrato, quien se ve privada o perjudicada por dicho comportamiento al momento de ejecutarse el contrato. Algo así como, la causa del daño es el abuso de posición dominante contractual que se ejerce, causando desmedro patrimonial del dominado.

Las causales de abuso contractual son innumerables, y no se encuentran descritas en la ley, parten más del principios generales del derecho, por tanto depende de cada intérprete, juez o arbitro evidenciar el abuso hacia la parte débil, así como del dominante defender ante la heterocomposición su derecho. El problema es que se sobrepase en su derecho. Es necesario estar atento a la jurisprudencia y ver como va estar resuelto cada caso, pues en algunas ocasiones la dominante contaba con ese derecho, en tanto que en otros casos no era así.

Los canales de distribución y las normas de competencia

Al elegir un canal de distribución resulta recomendable observar la consecuencia frente a las normas de competencia

Mauricio Velandia

La clientela se considera el patrimonio más sagrado de una organización comercial. Por tal razón, las empresas deben mantener canales de distribución que les permita tener a disposición del mercado los bienes por ellas ofrecidos. Si no se cuenta con una buena estrategia de mercadeo y adecuados canales de distribución, los consumidores interesados en el bien podrían, por necesidad del bien o servicio, adoptar por la escogencia de otra marca competidora, justificando su comportamiento en la escasez del producto, frente al cual, el consumidor era fiel.

La función de la distribución consiste en hacer llegar el producto a su mercado meta. Para esto puede utilizar terceras personas denominadas intermediarios que hacen fluir los productos del fabricante al consumidor.

Como se observa, lo primordial es que el consumidor tenga rápido acceso a los productos de una empresa para que ésta pueda ser escogida dentro del mercado. Dentro del derecho de la competencia existe una regulación que debe ser conocida por las empresas a fin de determinar los canales que permiten hacer más eficiente una actividad comercial.

Resulta recomendable para las empresas tener en cuenta esta situación al momento de escoger los canales de distribución dentro de una organización, pues de acuerdo a la forma elegida podrán adelantar mayores gestiones en sus ventas, pero contarán por otro lado con un mayor riesgo jurídico. Por considerarlo de la mayor importancia a continuación se describen algunos puntos que pueden resultar de interés para las empresas que cuentan con diferentes esquemas de distribución.

Distribución

La distribución podemos definirla como el desplazamiento de un bien o un producto desde el productor al consumidor final. En tal medida se trata de una etapa del mercado distinta a la producción, pues en la distribución se tiene un producto terminado y lo que se trata es de obtener la mayor cobertura posible dentro de un segmento particular.

Pensamos que la finalidad de la distribución se presenta principalmente para reducir disparidades que puedan existir entre los lugares, los momentos y los modos de fabricación y de consumo dentro de un mercado, eliminando así las disparidades que existen entre la oferta y la demanda.

En el mismo orden de ideas, a través de la distribución, las empresas pueden encontrar mayores beneficios, como son, entre otros: el transporte de su mercancía desde el lugar de su fabricación al lugar de su consumo; almacenaje e inventarios por fuera de su domicilio; información de lo requerido por los clientes a fin de ser dinámica con los cambios; contacto sobre nuevos clientes; y especialización de vendedores, entre muchos otros aspectos.

Frente a distribución se encuentran los canales, que son los diferentes medios o escalas recorridas por un producto para poder llegar a ser ofrecido a un consumidor. En tal sentido, distribución es el concepto y el canal es el desarrollo de ese concepto.

De la misma manera muchos productores adelantan un solo canal de distribución. Para lograr una mayor cobertura del mercado y no depender de una sola estructura desarrollan lo que se denomina como canales múltiples de distribución. Este tipo de situación se presenta cuando la empresa participa en diferentes segmentos del mismo mercado, bien sea divididos por volúmenes de venta suministrados o por ubicación del intermediario.

Los canales de distribución de una empresa pueden ser adelantados de manera directa o indirecta. De manera directa, cuando se adelanta a través de la misma empresa productora, especialmente con sus empleados. De manera indirecta se desarrolla a través de terceros diferentes a la empresa productora, amparados en negocios jurídicos cuyo contenido tiene como objeto crear escalas que le permitan al productor llegar hasta el consumidor final.

Algunos fabricantes establecen canales directos porque quieren controlar la distribución de sus productos, a pesar de que un canal directo puede ser más caro que uno indirecto.

Los canales de distribución pueden contener las siguientes estructuras:

- Productor-consumidor: Canal directo de la empresa productora de los bienes
- Productor-detallista-consumidor: Canal donde el fuerte es la venta en pequeñas cantidades a revendedores.
- Productor-mayorista-detallista-consumidor: Canal de empresas con gran cobertura, donde se presentan dos escalas por la profundización de una marca dentro del mercado. Los mayoristas son los encargados de proveer del producto a los minoristas.
- Productor-agente-mayorista-detallista-consumidor: Se cuenta con un agente comercial, encargado, bajo su cuenta y riesgo, de promover o explotar la marca de un tercero. Este distribuidor vende a una segunda cadena, como son los mayoristas y, por último, éstos a la cadena que mantiene contacto con el consumidor final, que son los minoristas.

Clases de canales de distribución

Existen diferentes formas para clasificar los canales de distribución. Para los efectos de este artículo, resulta importante exponer tres clases de distribución: Distribución intensiva, distribución exclusiva y distribución selectiva.

Distribución Intensiva

La distribución intensiva es aquella que se adelanta con múltiples puntos de venta sobre marcas reconocidas por el público a nivel nacional. Cualquier persona sin especialidad alguna se convierte en revendedor, no siendo relevante para el productor que su distribuidor tenga unas características particulares.

Esta clase de distribución depende mucho del poder de los detallistas y grandes cadenas de almacenes, quienes por lo general limitan el número de marcas que ofrecen al consumidor dentro del establecimiento; situación hoy en día más evidente con la entrada al mercado de las marcas propias, donde las grandes cadenas ponen a competir la propia con otra marca más, cerrando con ello la oportunidad de ser escogidas las restantes.

Al margen del tema planteado el problema es serio y grave. Pues el consumidor lleva prediseñada una imagen de la marca (fidelidad) pero por satisfacer su necesidad no puede prescindir de la compra de otra marca, dejando de ser fiel a su marca habitual (marchitándola).

En el mismo orden esta distribución conlleva a riesgo en materia de protección al consumidor, por perderse el control sobre la información entregada por los vendedores al momento de la venta, lo cual genera, por sí solo, riesgos por efectividad de la garantía para la empresa productora, bajo el supuesto de no guardar identidad lo ofrecido con lo adquirido.

Distribución selectiva

La distribución selectiva se presenta como una combinación entre la distribución intensiva y la distribución exclusiva, pues permite desarrollar la distribución de productos bajo un esquema de selección de distribuidores dentro de una zona particular, no dando exclusividad a ninguno, pero permitiendo escogencia de sus distribuidores dentro de un grado de especialidad. Es decir, se presenta con un número determinado de distribuidores dentro de un área definida.

Distribución Exclusiva

Bajo esta clase la empresa otorga exclusividad a terceros para que éstos manejen la distribución de sus productos. La finalidad de las mismas es permitir la organización del segmento donde se participa, especializando a terceros que permiten obtener ma-

yores coberturas regionales y verdadera competencia frente a marcas competidoras. Cada distribuidor cuenta con una zona exclusiva.

La exclusividad puede presentarse especialmente bajo dos variedades: exclusividad en producto y exclusividad en territorio. Estas dos formas presentan riesgos frente a las normas de mercado que deben ser cuidadosamente analizadas por cada empresa.

Esta intensidad en la distribución es la que genera mayores inconvenientes en materia de competencia.

Tratamiento de exclusividad en territorio y producto

Son múltiples los contratos en donde se presentan cláusulas de exclusividad. Como se mencionó, estas cláusulas pueden contener derechos a la exclusiva sobre territorio o producto. Veamos como nuestras normas tratan unas y otras.

Exclusividad en territorio

Cláusula por medio de la cual un productor o fabricante asigna una zona a su distribuidor externo, para que este adelante allí su actividad comercial

El régimen de prácticas comerciales restrictivas se encuentra contenido en el Decreto 2153 de 1992. Allí se sancionan los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. Esta repartición incluye la de zonas geográficas.

Bajo la anterior lectura, es válido afirmar, que la cláusula de exclusividad entre productores y comercializadores representa ser un acuerdo restrictivo de la competencia. Sin embargo el análisis jurídico de este tema no culmina aquí.

Así, de acuerdo con la Ley 256 de 1996, ley general de competencia desleal, se tiene que, se considera desleal, pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.

En tal sentido, bajo una interpretación conjunta se tiene que, bajo nuestro ordenamiento, la Ley 256 de 1996, norma posterior al Decreto 2153 de 1992, determina que no toda cláusula de exclusividad es ilegal, siendo solo reprochable aquella que restrinja el acceso de los competidores al mercado o la que monopolice la distribución de productos. Las demás que no se encuentren en las causales comentadas deben ser entendidas como legales.

Atendiendo lo anterior consideramos que el pacto de cláusulas de exclusividad es válido en Colombia, sin poder ser tenidas en cuenta como supuestos de repartición de mercado, en la medida que dichas prestaciones no guarden identidad con los supuestos fácticos comentados y contenidos en la Ley 256 de 1996.

Resulta importante mencionar que la ley de competencia desleal modificó expresamente la validez de las cláusulas de exclusividad dentro de los contratos de suministro, lo cual aparecía contenido en el Código de Comercio. En el mismo sentido, indicar que para los contratos de agencia comercial se entiende incluida la cláusula de exclusividad, ya que estos contratos presentan una situación especial en materia de competencia.

Exclusividad en producto

La cláusula de exclusividad en producto, se presenta cuando dentro de una relación de distribución, un agente económico le define y determina a otro, el producto que éste puede ofrecer dentro de un mercado específico.

Tal como se indicó, de conformidad con el Decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto la distribución de mercados. En este caso no hablamos de distribución de territorio, sino de distribución de productos. En tal medida podría considerarse como restrictiva la cláusula por medio de la cual se imponga a un distribuidor la venta exclusiva de una marca, siéndole prohibido vender otras marcas competidoras del producto exclusivo.

Utilizando el mismo argumento planteado, se tiene que la ley de competencia desleal no impide per-se las cláusulas de exclusividad, dentro de estas las de producto, siendo solamente ilegales, en la medida que restrinjan la entrada de un competidor al mercado o monopolicen la distribución de productos. Entonces, la cláusula de exclusividad en producto será legal en la medida que no se encuentre en los supuestos fácticos comentados.

Por último, debe observarse que la ley de competencia desleal no diferencia entre cláusula de exclusividad de territorio y producto, por tanto el mandato es aplicable a las dos exclusividades mencionadas.

Tratamiento en la Unión Europea

El tema de las cláusulas de exclusividad y su incidencia en las reglas de mercado ha sido tratado a nivel mundial. En la Unión Europea las autoridades de competencia han determinado que las cláusulas de exclusividad resultan válidas bajo las normas de competencia en la medida que cumplan con los siguientes principios:

- Principio de necesidad: Que la distribución exclusiva favorezca al consumidor
- Principio de proporcionalidad: Que a través de la cláusula de exclusividad no se impongan prestaciones desproporcionadas para los distribuidores
- Principio de no discriminación: Que exista un igual trato para todos los distribuidores exclusivos

Esperamos que nuestras autoridades adopten rápidamente principios que permitan darle claridad al tema, pero que las empresas no dejen de presionar la aplicación de estos principios, pues nuestra regulación refleja una situación que no refleja una realidad de mercado.

Restricciones a la competencia por Ayudas del Estado

Los empresarios nacionales deben observar el tema de Ayudas Estatales
y pensar en su inclusión dentro del TLC

Por Mauricio Velandia

Algunos textos definen soberanía nacional como la que reside en el pueblo y se ejerce por medio de los órganos constitucionales representativos. En el mismo sentido, se entiende por intervención, la potestad que tiene una autoridad de limitar, dirigir o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones.

Las definiciones indicadas no pueden ser más claras y crudas. En otras palabras: el pueblo tiene el poder, elige representante, y éstos elegidos, son los que se encargan de promulgar las leyes que permiten o prohíben el desarrollo de la voluntad dentro de un mercado.

En una escala inferior a la comentada, cuando el ordenamiento lo permite, se encuentran los funcionarios públicos, quienes elaboran regulaciones específicas para cada sector económico y emiten actos administrativos de carácter particular o general a través de los cuales intervienen la economía.

Esta actividad interventora del Estado en la economía es tratada, en otras esferas, por el Derecho de los Mercados, ya que mediante esa potestad estatal pueden ser creadas situaciones favorables o desfavorables para algunas empresas, las cuales no son resultado de la contienda en un mercado en competencia, sino de las ventajas injustificadas que otorga el Estado a uno de los participantes de la lucha por la clientela.

En la actualidad, a portas del TLC con Estados Unidos, resulta de la mayor importancia que las empresas tomen conciencia sobre el asunto, y evitar que las ayudas de nuestro próximo socio a sus empresas, nos causen de manera directa perjuicio a las nuestras, y por ende, a nuestra economía, perjudicando así el mercado nacional.

Noción de ayuda estatal

La ayuda estatal es un supuesto fáctico restrictivo que aparece contenido dentro de la legislación europea, según el cual se prohíben los comportamientos de un Estado miembro que, en virtud de la potestad interventora, emita leyes o actos que otorguen un privilegio injustificado a una empresa en particular, desfavoreciendo a otros, bien sea a través de un comportamiento activo o pasivo.

Se utiliza la expresión ayudas estatales en lugar de otros como subsidio, porque corres-

ponde a una definición más precisa que le da un carácter más amplio que el de subsidio, pues engloba además de (i) las medidas públicas positivas o activas (subsidios) a favor de un empresa, (ii) aquellas pasivas, como por ejemplo las medidas que impliquen un gasto fiscal para un competidor y no para otro.

Para que una ayuda estatal sea considerada incompatible (restrictiva) con el mercado, deben cumplir con cuatro características:

- Debe ser otorgada por el Estado o mediante fondos estatales.
- Debe favorecer determinadas empresas o producciones
- Debe falsear o amenazar falsear la competencia
- Debe afectar el intercambio entre los Estados miembros.

No obstante lo anterior, la regulación comentada permite ayudas que, aún en presencia de las cuatro características comentadas, favorecen en general a la economía. Por ello se indica que la ayuda estatal es posible cuando (i) está destinada a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como (ii) las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades y determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios de manera contraria al interés común.

Como se puede observar, lo que se tutela no es más que el reconocimiento que hace la misma legislación sobre la posibilidad que tiene el Estado de introducir a través de la regulación escenarios económicos donde se favorece a una empresa sin explicación justificada. Si ese reconocimiento lo hace la misma ley, es porque el legislador es consciente de los intereses personales que se involucran en cada límite a la autonomía de la voluntad cuando se legisla, siendo el Estado un agente más del mercado.

Estos asuntos son tramitados por la Comisión Europea. Allí son presentadas las denuncias contra un país que otorga ayudas estatales favoreciendo a una empresa en especial, dejando a las demás en un espectro patológico de competencia. En su fallo, la Comisión, en caso de encontrar que la ayuda estatal genera una restricción a la competencia, ordena al país restrictivo modificar la regulación fuente de la ayuda y, si ésta fue entrega de dinero, exige la devolución del dinero al Estado.

Caso de Ayuda Estatal activa: Estado Francés - Air France

El Estado francés notificó a la Comisión Europea sobre su intención de inyectar 20.000 millones de francos al capital de la compañía Air France.

En virtud de la excepción establecida en el tratado constitutivo de la Unión Europea, la Comisión puede autorizar las ayudas de estado destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas, siempre que la ayuda no altere las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

En su examen, la Comisión consideró que una verdadera reestructuración de Air France sería conforme al interés común. Así mismo, la comisión estimó que el importe de

la ayuda no parecía excesivo y que la ayuda no afectaba a las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común, teniendo en cuenta los dieciséis compromisos asumidos por el gobierno francés.

La decisión de la Comisión es demandada ante el Tribunal de Primera instancia de la Comunidad Europea, que la anula por falta de motivación suficiente. El Tribunal establece que la motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución comunitaria de modo que permita al juez ejercer su control. En ayudas estatales, el deber de motivación implica que las empresas competidoras puedan conocer las razones de la decisión con el fin de poder defender sus derechos. Así mismo señala, que el Tribunal y la Comisión siempre se han mostrado contrarios a la concesión de ayudas al funcionamiento, destinadas a financiar la modernización de las instalaciones de una empresa.

Para un mejor entendimiento, este es un asunto donde el comportamiento del Estado es activo, otorgando una Ayuda que distorsiona el escenario de competencia.

Caso de Ayuda Estatal pasiva: Estado Belga – Aeropuerto Bruxelles

En este asunto la entidad pública expidió una regulación mediante la cual creó un sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje en función del volumen de tráfico a partir del aeropuerto de Bruselas, lo que supone una desventaja para las pequeñas compañías en competencia.

El demandante consideró en sus argumentos que esos descuentos eran totalmente injustificados, porque los servicios prestados a un aparato que despegue o aterriza son siempre los mismos, independientemente del número de prestaciones realizadas. Sabena, que es su principal competidor obtiene producto de la regulación demandada una disminución de 74 millones de francos belgas al año por gastos aeroportuarios.

La comisión en este caso ordeno al Gobierno Belga poner fin a la infracción, tomando las medidas pertinentes en un plazo de dos meses.

Este, es un comportamiento pasivo de Ayuda Estatal.

Nuestro caso

De acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política nuestro Estado cuenta con facultades suficientes para intervenir en la economía. Sin embargo, la suscripción de tratados internacionales permite que nuestra economía pueda recibir las consecuencias de ayudas estatales (soberanía-intervención) otorgadas por nuestro próximo socio a sus empresas.

Es relevante estudiar la necesidad de incluir en el TLC el régimen de ayudas estatales

que funciona en el mercado común europeo. Por algo está vigente en esas latitudes. En el mismo sentido, debe propenderse por un escenario que permita una disputa jurídica con juez neutral, como también ocurre en Europa.

Es de suma importancia que las empresas en sus negocios observen este riesgo, pues es el momento de cubrirlo.

Si al TLC, pero verdaderamente negociado.

Restricciones a la competencia por ventas atadas

No es legal que los comerciantes subordinen la venta de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales al negocio

Mauricio Velandia

En la actualidad presenciamos relaciones de mercado donde entidades financieras ofrecen apertura de cuenta corriente, subordinando el negocio a la apertura de cuenta de ahorro con tarjeta debito. Igualmente, colegios que subordinan la relación con sus estudiantes, a la adquisición de uniformes o material didáctico en un determinado establecimiento comercial.

Cuántas veces somos protagonistas de relaciones de mercado donde una empresa ofrece bienes o servicios, acompañados de prestaciones que no guardan relación con el negocio. La anterior situación es la que conocemos como ventas atadas o subordinadas. Veamos el tema bajo el régimen de competencia:

Análisis económico

El análisis económico de las normas de competencia descansa sobre el equilibrio que debe existir entre los excedentes del consumidor y los excedentes del productor.

El excedente del consumidor representa el valor que está dispuesto a pagar un consumidor frente a un producto ofrecido en el mercado. El excedente del productor es el beneficio máximo en utilidades que busca obtener una empresa con la venta de su producto.

La interacción y equilibrio entre el excedente del consumidor y el excedente del productor, permite, en teoría, la existencia de mercados competitivos, donde el consumidor adquiere el mayor beneficio respecto de sus ingresos y el productor obtiene la mayor ganancia racional.

En uso de la libertad de escogencia, el consumidor define la oferta que más se acerca a su presupuesto y necesidad. En algunas ocasiones esa libertad no es tan clara, como en aquellos casos donde las empresas unen o vinculan un producto con otra prestación, condicionando el negocio a otras prestaciones extrañas al producto buscado por el consumidor.

Una situación como la mencionada impide la interacción entre los excedentes mencionados, aminorando la capacidad de adquisición del consumidor, quien, por restricció-

nes presupuestas, debe privarse de la compra de otros productos por adquirir uno que se encuentra acompañado de prestaciones atadas.

Nuestra ley sanciona como restrictivas las conductas que subordinen el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyen el objeto del negocio.

Significado de una venta atada

La aplicación de este tipo restrictivo debe ser entendida para negocios de compraventa de bienes, así como para cualquier tipo de relación en donde un comerciante provea, entregue, surta, proporcione, procure o aprovisione, productos a consumidores.

La venta atada se presenta como la condición o sujeción que impone el comerciante al consumidor sobre la compra de un producto. Esta conducta restrictiva exige que exista un condicionamiento o prestación extraña a la relación jurídica pretendida por las partes. No es cualquier tipo de condicionamiento o exigencia, pues debe ser aquella que no guarde ninguna relación con la naturaleza del objeto del negocio.

Para elaborar el alcance de esta conducta, debe hacerse uso de la teoría general del contrato, especialmente de los elementos que lo conforman, ya que éstos son los parámetros que permiten encontrar la relación entre el bien que se pretende adquirir y la prestación adicional que se impone.

Según el artículo 1501 del código civil, los elementos accidentales son aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. La subordinación a otras obligaciones diferentes al objeto del negocio debe ser encontrada dentro de los elementos accidentales, pues mediante los elementos naturales o esenciales las partes no pueden jurídicamente imponer prestaciones arbitrarias.

De acuerdo con lo anterior, en cada relación debe tenerse especial cuidado con los elementos accidentales que se incluyen, estudiando la relación de dependencia que existe entre el producto requerido por el consumidor y las obligaciones exigidas por el vendedor en la oferta. Depende del resultado de ese estudio concluir que el producto puede ser adquirido sin necesidad de sumarle al contrato otras prestaciones a las cuales se condiciona su celebración, haciendo más gravoso el contrato para el consumidor.

No existen reglas generales para establecer cuando se presentan obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza del negocio. Las siguientes preguntas pueden ayudar a determinar su existencia:

- ¿El interesado puede satisfacer su necesidad con un producto particular?
- ¿El producto es físicamente independiente de otro?

- ¿Se trata de un bien mueble que accede a otro bien mueble?
- ¿Es rentable para el comerciante ofrecer el producto de esa manera?
- ¿Dentro de los elementos accidentales del negocio existen prestaciones leoninas o abusivas; y ?
- ¿Generan valor agregado a la satisfacción buscada por el comprador las prestaciones incluidas dentro de los elementos accidentales?

Clases de ventas atadas

Acuerdo de ventas atadas entre empresas de un mismo mercado

Esta clase de acuerdo se presenta cuando las empresas que participan en un mismo mercado deciden en bloque atar a un producto principal un producto secundario. Deciden como política comercial vender un producto particular de la misma empresa sujeto a alguna otra prestación impuesta también por ella. Para el consumidor es imposible encontrar en el mercado opciones diferentes, pues las empresas deciden ofrecer el producto atado a otra prestación. Como por ejemplo la venta bajo un número mínimo de unidades.

Acuerdo de ventas atadas entre empresas de diferente mercado

Las empresas atan sus prestaciones y obligaciones con otras empresas de diferente mercado. De esta manera, encontramos que lo subordinado no pertenece al mismo mercado. Lo anterior ocurre, por ejemplo, en las salas de espectáculos en las cuales no permiten ingerir alimentos que no sean adquiridos en el establecimiento de esa misma empresa, donde, de más, funciona una particular cadena de comidas rápidas. Si el consumidor decide comprar alimentos debe estar subordinado a lo que se venda en ese establecimiento, impidiendo así el acceso de alimentos vendidos en otras cadenas de comidas rápidas, limitando la capacidad de escogencia del consumidor.

Acuerdo de ventas atadas celebrado entre compradores

Las empresas acuerdan entre ellas no adquirir bienes si no le subordinan una prestación arreglada entre ellas. Un supuesto se presenta cuando las empresas acuerdan no comprar productos donde no se incluya el transporte sin costo adicional.

Por último, no debe confundirse la ilegalidad de la venta atada con la promoción de productos, en donde es permitido regalar un servicio o un bien por la compra de otro producto, pues al estudiar la situación se concluye que se trata de un regalo y no de una prestación adicional.

Excepción legal sobre restricción de la conducta

La aplicación del supuesto comentado establece expresamente una excepción legal, consistente en que la conducta este autorizada en otras disposiciones. Es decir, el reproche a la conducta no es en todos los casos restrictiva, ya que presenta supuestos en los cuales nuestro legislador previó para algunos casos excepcionales la legalidad de las ventas atadas. Debe observarse cada caso particular, sin embargo, reitero, lo excepcional es que una venta atada esté justificada en otras disposiciones.

Competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer asuntos de Derecho de la Competencia

Por Mauricio Velandia

Actualmente se discute la competencia que tiene un Tribunal de Arbitramento para conocer y fallar asuntos relacionados con prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.

Teniendo en cuenta lo anterior, por considerarlo de interés, y aportar a la discusión, una vez estudiado el tema desde el punto de vista académico, es nuestra opinión que los Tribunales de Arbitramento son competentes para decidir la responsabilidad privada por una práctica comercial restrictiva que cause daño, de acuerdo con las siguientes conclusiones:

- De conformidad con las normas civiles, el hecho que ha inferido daño a otra persona es fuente de obligaciones;
- El daño sufrido en la propiedad privada es de carácter transigible, estando entonces el Tribunal de Arbitramento transitoriamente investido de la facultad de administrar de justicia cuando ello sea así;
- Tanto el régimen de prácticas comerciales restrictivas, como el régimen de competencia desleal, salvaguardan diferentes bienes jurídicos tutelados, el primero cuida el mercado, y el segundo la concurrencia;
- Una práctica comercial restrictiva puede ser la causa de un daño a la propiedad privada;
- Un comportamiento puede no afectar los intereses del mercado, y no ser una práctica comercial restrictiva, sin embargo, ese comportamiento si puede ser la causa eficiente del daño a la propiedad privada;
- Una práctica comercial restrictiva puede generar responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual;
- Las acciones de competencia desleal pueden ser públicas o privadas;
- Los comportamientos desleales pueden causar daño a una empresa;
- El daño proveniente de un comportamiento desleal puede ser contractual o extracontractual.

Las anteriores conclusiones, bajo las siguientes consideraciones:

Para tratar el tema primero haremos una introducción a temas que serán los insumos para esta opinión:

1. Introducción

1.1 El daño es fuente de obligaciones

Según el artículo 1.494 del Código Civil, "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia." (Subrayado fuera del texto original)

Como bien se observa, la ley considera que el daño causado a otro es fuente de obligaciones.

1.2 Facultad del Tribunal de Arbitramento para fallar asuntos transigibles

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles."

De acuerdo con el texto legal, todo aquello que sea sujeto a transacción puede ser conocido y fallado por un Tribunal de Arbitramento.

1.3 Bienes tutelados en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal

Cada régimen jurídico que impera en nuestro derecho salvaguarda un bien tutelado.

Es importante explicar el alcance de los dos regímenes, así como el bien tutelado por cada uno.

a. Prácticas comerciales restrictivas

El régimen de prácticas comerciales restrictivas aparece contenido dentro de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992. Allí se castigan los comportamientos por medio de los cuales los diferentes agentes económicos "falsean la competencia".

Lo que se castiga es que las empresas obtengan utilidades como consecuencia de la falta de competencia. Es decir, se reprime las concentraciones de dinero provenientes de la falta de competencia. Con esto se intenta cuidar (i) la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores, y (ii) la exclusión indebida de competidores (ver Numeral 1 del Artículo 2 del Decreto 2153 de 1992). Veamos:

(i) En teoría económica el precio es resultado de la oferta y la demanda. En esa medida, en un mercado competitivo los precios serán del resultado del enfrentamiento por la clientela (la competencia). En el supuesto que el ofrecimiento a cargo de las empresas esté arreglado o con imperfecciones el precio subirá, y por ende, se disminuirá la capacidad adquisitiva de bienes de los consumidores.

(ii) Otra forma de falsear la competencia es con comportamientos que excluyen a otros competidores, disminuyendo así las opciones de escogencia que tenía el consumidor, lo cual tiene un efecto inmediato en las variables económicas.

Estos comportamientos pueden ser resumidos en la premisa de “quien causa daño con culpa es responsable”. Responsable por dañar el mercado. Es decir, lo que se protege es el mercado, del cual es soberano el Estado, quien determina las reglas de participación como ente interventor en la economía, y en supuesto de encontrar una infracción procedera una sanción por la ocurrencia del comportamiento.

No obstante lo anterior, quedan a salvo las acciones privadas de aquellos que sufrieron daño en su patrimonio como consecuencia de la restricción (comportamiento). Derechos transigibles.

Al Gobierno le compete el fallo administrativo cuidando el mercado, en tanto que a la jurisdicción le corresponde declarar el daño privado por los perjuicios sufridos por un comportamiento, tal como será expuesto adelante.

b) Competencia desleal

El tema de competencia desleal aparece regulado en la Ley 256 de 1996.

Allí se castigan los comportamientos que dañan la competencia. La competencia es la tranquila participación en un mercado y el sano enfrentamiento entre las empresas. En nuestro concepto es una ley mal denominada, pues no se requiere que los dos extremos del proceso jurídico sean competidores (artículo 3 de la ley 256 de 1996). Debería ser denominada “de deslealtad”, pues puede ser desleal quien no es competidor.

Diferente al anterior, aquí no se cuida la capacidad adquisitiva de los consumidores. Se protege la competencia, la cual puede ser defraudada por comportamientos opuestos a la buena fe, a la transparencia. Como cuando un consumi-

dor desacredita una empresa sin causa. En este caso se daña la concurrencia de la misma, pero el cliente no es competidor.

Las acciones de competencia desleal pueden ser preventivas o de perjuicio. (i) Preventiva, cuando se causa daño a la concurrencia, pero aún no se ha causado daño a la empresa, como cuando una empresa se presenta con un producto engañoso. La empresa ya dañó la concurrencia, pero no ha causado daño a otro. Se pretende la erradicación del comportamiento antes que cause daño a un privado. (ii) La de perjuicio, cuando se daña la concurrencia y además se daña a una empresa. Se pretende la indemnización del perjuicio como consecuencia del comportamiento anticoncurrencial (desleal).

Po tratarse de un daño a la propiedad privada, y ser éste un asunto sujeto a transacción, el Tribunal también es competente para este asunto. El asunto se tratará más adelante.

2. Competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir daño generado por un comportamiento restrictivo

Bajo este acápite se desarrolla la competencia del Tribunal de Arbitramento para asuntos de prácticas comerciales restrictivas.

2.1 Pretensión: Causa del daño privado

Cómo se indicó, bajo este régimen se reprimen los comportamientos restrictivos protegiendo a competidores y consumidores. A los competidores para no ser excluidos, a los consumidores para que el resultado de lo ofrecido en el mercado no sea producto de la falta de competencia mediante comportamientos arreglados o abusivos, los cuales son a su vez exclusorios o colusorios. Es decir, se cuida el mercado.

Producto de estos comportamientos, proceden dos acciones. Por una parte, (i) la investigación administrativa a cargo del Estado, y (ii) la acción de daño sufrido por un comportamiento. Esta última, independiente del daño al mercado, pues bien puede suceder que un comportamiento no dañe el mercado, pero si restringe la competencia de un particular. Su comportamiento es la causa de mi daño, y perjudica mi competencia, por ello tengo derecho a perjuicios.

Entonces, se diferencia el daño al mercado, calificado por el Gobierno, con el daño a la propiedad privada, el cual es competente para conocer el Juez, y no la administración.

La restricción al mercado la califica el Gobierno, pero el perjuicio al particular, por ser fuente de derecho civil, la califica la jurisdicción.

Daño, no al mercado, sino a la propiedad privada.

Así las cosas, por existir daño y ser éste transigible, puede estudiarse por parte del Tribunal el asunto, independientemente que sea violatorio de las normas de competencia o que si lo sea. Se estudia si un comportamiento es la causa del daño.

2.2 Relación contractual y extracontractual

El daño puede tener naturaleza contractual o extracontractual.

En el mismo sentido, si la práctica restrictiva se presenta en cumplimiento de un contrato, y el negocio jurídico cuenta con cláusula arbitral, podrá el Tribunal debatir el asunto, pues las partes lo habilitaron para ello (previsible para las partes en el contrato). Es importante indicar que las normas de competencia son de orden público, por tanto su inclusión dentro de un contrato generan nulidad (ver Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992). Otra razón para argumentar la competencia del Tribunal, cuando se alegue nulidad sobre la inclusión de la cláusula dentro de un contrato.

Si la restricción es de origen extracontractual, y no existe cláusula arbitral, se requerirá un arreglo posterior que habilite al Tribunal para su conocimiento.

3. Competencia del Tribunal para fallar casos de competencia desleal

3.1. Los asuntos de competencia desleal son transigibles

Desde el punto de vista jurisdiccional los asuntos de competencia desleal son de conocimiento de los jueces (Ley 256 de 1996), y de la Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 446 de 1998).

Sobre estos procesos, por ser abreviados, cabe la conciliación. En tal medida, por ley, es un asunto transigible, razón por la cual no entra en discusión la competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer el asunto.

Es de anotar que para algunos sectores especiales los asuntos de competencia desleal también son administrativos. Como es en materia financiera, servicios públicos, televisión, etc. Lo cual no excluye lo jurisdiccional donde se debate el daño a lo privado.

3.2 Daño contractual y extracontractual

Al igual que se mencionó para el tema de prácticas comerciales restrictivas, el daño ocasionado por competencia desleal puede ser contractual o extracontractual.

De acuerdo con lo anterior, la competencia para que el Tribunal de Arbitramento conozca del asunto depende de la existencia de la cláusula arbitral y del origen del daño, sea este contractual o no.

Conclusiones

Las conclusiones de esta opinión se encuentran al inicio del documento.

Sin embargo la conclusión final es que los Tribunales de Arbitramento son competentes para fallar daño privado por asuntos de competencia, sea una práctica comercial restrictiva o de competencia desleal.

Esta es nuestra posición académica, esperamos con esto aportar a la discusión.

Creamos en el derecho de la competencia dentro del régimen de servicios públicos domiciliarios. Seguro que nos conviene

Las entidades del Estado a cargo del tema deben entender la responsabilidad que poseen al respecto, pues el régimen de competencia será observado por las empresas de servicios públicos en la medida que se adelanten investigaciones a través de las cuales se exija su cumplimiento

Qué diferencia existe entre un mercado donde un consumidor encuentra muchas opciones de compra, frente a un mercado en donde el mismo consumidor descubre solo una opción de negociación. La respuesta es solo una: variedad de precios, productos y servicios.

De acuerdo con los postulados generales de la teoría económica, son los consumidores los principales beneficiados que existan reglas claras de participación de las empresas en los mercados. La afirmación de este postulado tiene su explicación si se observa que el derecho de la competencia cuenta dentro de sus fines con el de incentivar la participación de las empresas dentro de un mercado. Si el régimen de competencia funciona, el consumidor encontrará, por lo general, la variedad de precios, productos y servicios que se plantea.

En materia de servicios públicos domiciliarios el derecho de la competencia gira en torno al mismo postulado. Resulta de la mayor importancia que las empresas de servicios públicos domiciliarios, así como los usuarios, conozcan las normas de competencia en ese mercado. De igual forma, las entidades del Estado que tienen a su cargo el tema deben entender la responsabilidad que poseen al respecto, pues el régimen de competencia será observado por las empresas de servicios públicos en la medida que se adelanten investigaciones dirigidas a verificar su cumplimiento.

El régimen general de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios se encuentra contenido en la ley 155 de 1959; el decreto 2153 de 1992; la ley 142 de 1994; la ley 256 de 1996; y la ley 446 de 1998. Este marco normativo contiene el catálogo de conductas restrictivas y desleales, así como la descripción de las entidades públicas a cargo del tema.

Las prácticas comerciales restrictivas agrupan aquellos comportamientos que impiden el libre juego de oferta y demanda en los mercados, en tanto que la competencia desleal sanciona conductas malintencionadas que erosionan la actividad de una empresa, sin que sea necesario que el comportamiento afecte el desenvolvimiento del mercado. Veamos como se encuentran regulados estos temas dentro del régimen de servicios públicos domiciliarios.

Prácticas comerciales restrictivas

La ley 142 de 1994 contiene el régimen de servicios públicos domiciliarios. Dentro de ese régimen se describen algunas conductas anticompetitivas, adjudicando la observancia de su cumplimiento a la Superintendencia de Servicios Públicos.

El catálogo de conductas restrictivas contenido en la ley 142 de 1994 agrupa comportamientos unilaterales y grupales que afectan tanto a la competencia como a los usuarios de los servicios públicos. Los comportamientos prohibidos que más se destacan dentro de esa ley, son:

- Prácticas tarifarias restrictivas: Se considera restrictivo ofrecer tarifas inferiores a los costos operacionales o ofrecer tarifas desiguales a los consumidores
- Acuerdos de repartición de mercados: empresas que deciden no competir entre ellas adjudicándose, zonas, clientes, proveedores, servicios, etc.
- Acuerdos discriminatorios: empresas que se comprometen a crear desigualdades comerciales frente a un tercero.
- Acuerdos colusorios en licitaciones: licitaciones dirigidas o acuerdos entre los oferentes para definir el favorecido de la licitación.
- Abuso de posición de dominio contractual: la ley 142 de 1994 crea la posición de dominio contractual, en donde existe un catalogo de 26 conductas a través de las cuales se presume que existe abuso frente al usuario a instancia del prestador del servicio. Estas conductas aparecen dentro del contrato de prestación de servicio.

Entonces son de distintas clases los comportamientos reprochados. El punto a resaltar es que una empresa competidora o un usuario particular podrá, si se siente perjudicado por un comportamiento que se acerque a los descritos, elevar una queja ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a efecto que se investigue la situación.

Ahora bien, el régimen de competencia de servicios públicos no se encuentra exclusivamente en la ley 142 de 1994. El marco de conductas sancionables se integra con los acuerdos y actos restrictivos, así como de abuso de posición de dominio de mercado contenidos en el decreto 2153 de 1992, decreto que contiene el régimen de competencia aplicable a todos los sectores económicos. Así, por ejemplo, es restrictiva la publicidad engañosa implementada por una empresa que termine afectando un mercado; esta conducta no se encuentra dentro del catálogo de la ley 142 de 1994, pero si en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

Entonces las empresas de servicios públicos domiciliarios deben observar en sus comportamientos comerciales los mandatos de la ley 142 de 1994 y del decreto 2153 de 1992. La autoridad encargada de conocer de estos asuntos es exclusivamente la Superintendencia de Servicios Públicos, quien previa una investigación, prohíbe y sanciona pecuniariamente la conducta.

Competencia desleal

La regulación general de competencia desleal se encuentra contenida en la ley 256 de 1996. Dentro de esa ley se castiga como desleal la mala fe mercantil, la desviación de clientela, la desorganización, la confusión, el engaño, el descrédito, la comparación falsa, la imitación, la explotación de reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas, los pactos desleales de exclusividad.

Superintendencia de Servicios Públicos

De conformidad con lo señalado en el artículo 33 de la ley 142 de 1994, corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos velar por la observancia de las normas sobre competencia desleal. Para ello, cuenta con la facultad administrativa de adelantar investigaciones e imponer las sanciones que correspondan por el incumplimiento de la ley 256 de 1996. En esa medida es función administrativa de esa Superintendencia velar por la observancia de las normas sobre competencia desleal, adelantar las investigaciones e imponer las sanciones a lugar.

En este caso la Superintendencia de Servicios Públicos actúa como policía administrativa en su labor de entidad vigilante del mercado.

Superintendencia de Industria y Comercio

Con la expedición de la ley 446 de 1998 fueron dictadas normas encaminadas a descongestionar los despachos judiciales. En este sentido fueron otorgadas facultades jurisdiccionales a algunas Superintendencias, entre éstas se encuentra la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad a la cual se le confirió la facultad de conocer, a prevención, los procesos de competencia desleal. Para ejercer esta facultad jurisdiccional la Superintendencia actúa bajo el amparo de una heterocomposición, en donde investida de un poder de juez falla en derecho asuntos que le han sido presentados.

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como juez a instancia de una demanda presentada por una empresa de servicios públicos que busca se le dirima judicialmente su conflicto frente a otro.

Bajo lo anterior, los interesados pueden elevar una queja ante la Superservicios para que se sancione administrativamente el comportamiento desleal, y frente a la Superindustria o a los Jueces de la Republica a fin que se le dirima el conflicto frente a otro y, si es del caso, recupere los perjuicios causados por el comportamiento desleal.

Conclusión

Los consumidores y competidores participantes del mercado de servicios públicos domiciliarios deben denunciar a las autoridades competentes aquellas conductas que consideren anticompetitivas. En el mismo sentido las autoridades deben darle credibilidad al sistema, investigando y sancionando aquellos comportamientos que afecten los mercados. En la medida que el sistema funcione el mercado se encaminará a un mejor desarrollo y el usuario será el principal benefactor de esa situación, encontrando de paso la variedad de precios, productos y servicios que mencionamos al inicio de este artículo.

El consumidor promedio

El consumidor, siendo comprador del producto, posee cargas dentro del negocio: una de ellas, es de informarse de aquello que el mercado ya da por conocido. Es su responsabilidad.

Por Mauricio Velandia

En un mercado competitivo son muchas las marcas y los fabricantes que pretenden ser elegidas por el consumidor. Cualquier comerciante interesado en satisfacer esas necesidades debe comprender lo que motiva a comprar o rechazar un producto.

El contenido del Decreto 3466 de 1982 y la Ley 446 de 1998, en algunos de sus apartes, tiene como finalidad proteger la libertad de elección que posee el consumidor al adquirir un producto. Esa libertad descansa sobre las causas de motivación y exigencia que llevan a una persona a elegir un bien o servicio.

Teniendo en cuenta que el individuo actúa bajo una motivación particular, que en muchas ocasiones difiere de las que tienen otros, lo cual es también una constante en el estudio del consumidor, es necesario definir el modelo de consumidor a proteger, más cuando en la ley se describen consecuencias jurídicas para las empresas que no satisfagan los requerimientos del consumidor.

Las Entidades a cargo del tema y las empresas, deben emprender estudios de mercado a fin de determinar las características de los adquirentes de los productos y determinar si la falla en el mercado se presenta por que los consumidores no cumplen con sus cargas de sagacidad e información, o porque las empresas no atienden sus obligaciones comerciales frente al cliente.

De esta manera presentamos algunas líneas donde se aborda el estudio del sujeto protegido por las normas de protección al consumidor, especialmente lo que denominamos consumidor promedio.

Definición de consumidor

Antes de determinar el modelo del consumidor promedio, es necesario establecer el significado de la expresión consumidor.

Nuestra ley define al consumidor como toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado para la satisfacción de una o más necesidades.

En mercadeo algunos han indicado que el comportamiento del consumidor es el proceso de decisión y la actividad física que los individuos realizan cuando evalúan, adquieren, usan o consumen bienes o servicios.

Las dos definiciones no guardan identidad: En la legal el contratante es per-se consumidor, independientemente que use el bien. Sin embargo se condiciona su calidad a la celebración de un negocio jurídico. En la definición de mercadeo se deduce que un comprador es consumidor cuando compra para consumir.

La definición legal no resulta generosa para nuestra realidad. En muchas ocasiones quien consume el bien resulta ser alguien diferente a aquel que celebró el negocio, como cuando utilizamos un regalo adquirido por otro.

Creemos que el comprador es consumidor si adquiere los productos para su uso, es decir sin intención de revender. En el mismo sentido, aquellas personas que no adquirieron un bien por la vía comercial sino a instancia de una dádiva de un tercero también tendrían dicha calidad. Bajo esta óptica los intermediarios de bienes no pueden ser entendidos como consumidores. Los fabricantes lo serán para aquellos bienes donde tienen propósito de uso, por ejemplo, en bienes de equipo para su actividad.

Se presentan otras situaciones que evidencian la falencia de la definición, como es el caso de las denuncias de mensajes publicitarios que no guardan identidad con la realidad. En este caso el consumidor alega la situación sin haber adquirido el bien, es decir, sin haber celebrado ningún negocio.

Lo ideal en derecho y mercadeo es que el consumidor sea un sujeto que participe en el mercado desde el extremo de la demanda, siendo protegido por la regulación desde el momento en que recibe información de los productos, estando a salvo, en caso de tomar una elección, su motivación y la identidad entre lo prometido y lo entregado, independientemente de que sea él o un tercero quien use el producto.

Consumidor promedio

Los comerciantes otorgan una gran importancia a la investigación de mercados, así como a las estrategias y planes de mercadeo. Bajo estos ejercicios se determina las necesidades del consumidor, procediendo cada comerciante a adecuarse a lo exigido por el cliente, ofreciendo al mercado productos que sean fácilmente aceptables frente a la competencia. La necesidad del cliente es la esencia que convierte dinámico el mercado.

Las necesidades del consumidor se encuentran en las motivaciones que tiene éste para satisfacerlas. Los estudios de mercado tienen como resultado definir la motivación dentro de un mercado meta, entendido éste como el grupo de consumidores hacia el cual se dirige la oferta.

El consumidor promedio es el conjunto y la agrupación de motivaciones y características especiales que poseen los clientes habituales de un producto. Es esta la máxima que permite probar que la información entregada es suficiente y no errónea para el mercado, pues un comprador habitual del producto, en observancia de las cargas de información y sagacidad que le corresponde dentro del negocio, comprende el alcance de lo prometido.

Para llegar a determinar al consumidor promedio, resulta necesario tener en cuenta variables externas, variables internas y proceso de decisión del presunto comprador.

En las variables externas están los conocimientos y creencias de los participantes de la demanda; los determinantes individuales, es el procesamiento de información y la relevancia del producto en el cliente; proceso de decisión, conformado por reconocimiento de la necesidad, búsqueda de información, evaluación de alternativas en productos y evaluación positiva.

La agrupación de estas variables le permiten una empresa determinar las necesidades y motivaciones del cliente, pero a la vez la identidad de estas variables dentro de un grupo de personas definen lo que denominamos como consumidor promedio. Este es el sujeto calificado que es protegido por las normas de protección al consumidor en cada mercado.

La investigación de mercado, como una herramienta del marketing, no puede ser desconocida como material probatorio dentro de una investigación jurídica de protección al consumidor, pues ella evidencia la realidad del comercio, demostrándose que, en muchas ocasiones, la patología de asimetría de la información no es responsabilidad de la empresa sino del consumidor, quien no tuvo la diligencia de observar las exigencias que el mercado le demanda cuando él participa, como lo es informarse sobre las características reconocidas en el producto por el consumidor promedio, las cuales él desconoce.

Para graficar lo mencionado, es como si un consumidor alegara que se siente engañado porque al comprar unos dulces mentolados no se formó el huracán que él observa en televisión cuando se anuncia el comercial del producto o porque no se le informó que un cuchillo es peligroso porque corta.

El consumidor, siendo comprador del producto, posee cargas dentro del negocio: una de ellas, es informarse de aquello que el mercado ya da por conocido. Es su responsabilidad.

Resulta de la mayor importancia para las empresas conocer que las herramientas del mercadeo, a parte de ser un elemento importante en la actividad comercial, resultan importantes en lo jurídico, pues son documentos que les permite prevenir riesgos jurídicos posteriores, para aquellos casos en donde una persona alegue que para él la información no es suficiente.

El incumplimiento de las cargas que posee el consumidor no puede generar responsabilidad para las empresas.

Las Acciones de Consumidor en el Derecho Colombiano

Por: Leonardo Ortiz M.

La sociedad contemporánea, industrializada y posmoderna pone a los usuarios y consumidores como agentes necesarios para el desarrollo económico. Sin embargo, esa necesidad exige que sean absolutamente protegidos por los riesgos patrimoniales y extrapatrimoniales a que están expuestos.

Cuando un empresario pone en circulación un bien que ha producido espera que este tenga aceptación en el público con el fin de obtener el retorno de su inversión. Por otro lado, el consumidor también tiene la expectativa que el producto adquirido cumpla con lo anunciado por el empresario en cuanto a su calidad e idoneidad, además que sea seguro para sí y su familia. Con el fin de lograr estas finalidades, el ordenamiento jurídico colombiano le ha otorgado a los consumidores o usuarios que participen en el mercado nacional una serie de herramientas jurídicas para su protección:

- a) Acción de efectividad de la garantía: todos los bienes o servicios que sean vendidos dentro del mercado colombiano deben reunir unas condiciones de idoneidad y calidad que la ley ordinariamente le exige al mercado sean garantizadas por el empresario. Cuando el producto no reúne estas condiciones el consumidor debe dirigirse al empresario para informarle su insatisfacción. Si el empresario rehúsa a satisfacer al consumidor este tiene la posibilidad de acudir judicialmente a hacer efectiva la garantía. El fallo que ordene la efectividad de la garantía podrá consistir en la reparación del bien, cambio por otro o devolución del dinero.
- b) Acción de perjuicios: puede suceder que esa falta de idoneidad o calidad del producto le cause un daño al consumidor o usuario. La reparación de ese lucro cesante o daño emergente se puede lograr a través de un proceso verbal ante un juez civil.
- c) Acción de perjuicios por daños causados por un producto defectuoso: existen bienes que circulan en el mercado que son peligrosos para el consumidor o usuario que los adquiere. Cuando este riesgo se realiza y el daño se produce el consumidor puede solicitar la reparación del daño que tuvo como origen los defectos de ese producto y que afectaron directamente su persona o patrimonio.
- d) Denuncia administrativa por publicidad engañosa: aunque esta no es una acción en su sentido técnico jurídico, ya que no se acude al aparato jurisdiccional para obtener una sentencia, la incluimos dentro de esta breve descripción por ser un mecanismo de protección con que cuenta el consumidor. El empresario tiene unas cargas y un tipo de responsabilidad especial que lo obliga a comportarse de una forma muy diligente. Por eso cuando emite una publicidad sobre sus pro-

ductos debe verificar que todo lo que en ella se indica sea cierto y está en capacidad de cumplir con lo allí señalado. Cuando la publicidad es contraria a la verdad el consumidor puede acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio para que se cumpla con lo indicado, se desmonte la publicidad y se impongan las sanciones administrativas a que haya lugar.

- e) Acción de grupo: todo perjuicio que sufra un número plural de personas que tenga una misma causa generadora podrá ser reclamado a través de un solo proceso sin que sea necesario ejercer cada acción de perjuicios de forma individual. Por eso en caso que un grupo de consumidores o usuarios se vea afectado por un perjuicio que tiene una misma causa podrán iniciar un proceso en el que todos los miembros del grupo estarán representados así no se hagan parte directamente dentro del mismo.
- f) Acción popular: las acciones populares tienen un carácter eminentemente preventivo. Cuando los derechos de los consumidores se vean amenazados o vulnerados se puede acudir a este mecanismo judicial para evitar la vulneración de este derecho colectivo.

La lista que hemos elaborado sobre las acciones de protección al consumidor no pretende de ninguna forma ser exhaustiva. Se mencionan las que consideramos son las principales herramientas con que cuenta el consumidor para lograr la protección de sus derechos. Estas en su mayoría son desconocidas o ignoradas por los empresarios que de esta forma desconocen su responsabilidad frente a los consumidores.

La foto de la portada corresponde
a una radiografía de las manos de mi mamá.
La foto fué tomada por Daniela Velasquez (mi sobrina)

Compilado por:
Leonardo Ortiz M.
Impreso en Colombia por:
Litoriver Ltda.
Diseño y Diagramación:
Jefferson Valencia
Bogotá D.C. - 2006

