

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante la Cámara de Comercio y trasladada a esta Entidad a través de comunicación de fecha 17 de agosto de 2018, en la cual consulta:

“Como propietario de un minimercado exijo a ustedes que me indiquen como (sic) me pueden ayudar para competir contra un almacén (...) el cual está ubicado al frente de mi negocio. Para mi ha sido imposible competir por los precios que manejan más NO por la calidad de sus productos. Quiero ampararme con concepto de competencia desleal debido a que yo como micro empresario no puedo competir con una empresa de esta envergadura.”

Al respecto es pertinente aclarar que frente a casos particulares como el señalado, esta Oficina Asesora Jurídica carece de competencia para pronunciarse por las razones que se expondrán en el siguiente punto. No obstante, le brindaremos

Cra. 13 #27 - 00 pisos 2, 4, 5, 6, 7, 8 - Piso: 6 - Oficina de contacto sede principal - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



información general en el ámbito de nuestras facultades en materia de protección de la competencia en cuanto a la competencia desleal, conforme a la Ley 256 de 1996.

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

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

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. COMPETENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL.

La Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispone el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, es la Autoridad Nacional de Competencia:

“Artículo 6. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.”

Por su parte los numerales 2, 3, 4, 6 y 16 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, establecen que en materia de competencia esta Superintendencia tiene entre otras las siguientes facultades:



- Velar por la observancia de las disposiciones en materia en los mercados nacionales
- Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.
- Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.
- Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal que afecten el interés general y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

3.1 LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD ECONÓMICA

El artículo 333 de la Constitución Política consagra la libertad económica como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley. En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional ha definido esta libertad como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio.”* (Corte Constitucional, sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

De este modo, la jurisprudencia ha señalado que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia y ha explicado que la libertad de empresa se manifiesta en la *“capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija”* (Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz), mientras que la libre competencia se traduce en *“la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela”*. (Gaceta del Congreso, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos “Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal.”)

Sin perjuicio de lo anterior es preciso señalar que la libertad de empresa, al igual que todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no es absoluta sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general (Constitución Política, artículo 1) de este modo, el derecho a la competencia y las normas sobre protección de los consumidores constituyen un límite para el ejercicio de estas libertades de índole



económico. Por lo tanto, los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado, sino que deben respetar las reglas que el legislador haya señalado en aras de proteger tanto a la libre y leal competencia como a los consumidores, las cuales están contenidas en las normas sobre promoción de la competencia, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal y protección de los consumidores, respectivamente.

Así las cosas, por regla general, todos los actores del mercado son libres para determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad privada al cual se refiere el artículo 1602 del Código Civil, siempre y cuando no contravengan normas de orden público, entre otras, las relacionadas con la libre y leal competencia y con la protección de los consumidores.

Quienes actúen en un mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe. Dicho principio se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad, e implica que tanto particulares como autoridades públicas deben ajustar sus comportamientos “*a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”*.” [Corte Constitucional. Sentencia 1194 de 2008.]

4. COMPETENCIA DESLEAL

4.1 Concepto

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

Es por esto que se considera desleal “*todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial.*” (Ley 256 de 1996, artículo 7.)

De acuerdo con lo anterior, se pueden considerar las siguientes definiciones:

- **Buena fe comercial:** podrá ser comprendida como los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones.
- **Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales:** son entendidos como los principios morales y éticos, que deben cumplir los comerciantes y demás participantes en el mercado en la actividad competitiva, dentro del



contexto de que constituye una práctica usual del comercio la observancia de los mismos.

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

*“Se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, **siempre que se haga mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas**. De ahí que, estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado.”*

[Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2013]

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

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

“Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7° de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo, algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado”.

[SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006), Sentencia No. 003]

4.2 Elementos constitutivos de un acto de competencia desleal

Los artículos 2 a 4 de la Ley 256 de 1996 establecen que para que al comportamiento de un agente en el mercado le sean aplicables sus disposiciones, deben reunirse los siguientes elementos:



- **Ámbito objetivo:** El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 establece:

“Ámbito Objetivo: Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales. (...)”

De acuerdo con dicho artículo, para que un acto constituya competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996 se requiere que el mismo se lleve a cabo dentro del mercado y tenga finalidad concurrencial.

Adicionalmente, el inciso segundo de dicho artículo establece los casos en que se presume la finalidad concurrencial:

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

- **Ámbito subjetivo:** Al respecto el artículo 3 de la Ley 256 de 1996 dispone:

“Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.”

De acuerdo con lo anterior, la Ley 256 de 1996 resulta aplicable a cualquier persona natural o jurídica que participe en el mercado, sin importar si ostenta o no la calidad de comerciante.

- **Ámbito territorial:** En este sentido el artículo 4 de la Ley 256 de 1996 establece:

“ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN. Esta Ley se le aplicará los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”

4.3 Conductas constitutivas de competencia desleal

La Ley 256 de 1996 –Ley de Competencia Desleal- establece una serie de conductas que son consideradas como actos de competencia desleal por ser opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

Este listado se encuentra contenido en los Artículos 8 a 19, y debe entenderse meramente enunciativos: los actos de desviación de la clientela, los actos de desorganización, los actos de confusión, los actos de engaño, los actos de



descrédito, los actos de comparación, los actos de imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas y los pactos desleales de exclusividad.

A continuación profundizamos un poco sobre la violación de normas por considerarlas pertinentes con el tema de su consulta.

4.3.1 Violación de normas

Conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, se considera desleal "(...) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa (...)".

La Sentencia No 465 de 2014 -expedida por esta Superintendencia- expuso cuáles son los elementos que se deben reunir para que se configure esta conducta:

- La infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996;
- La efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración y;
- Que ésta resulte significativa.

Al respecto, en la referida sentencia se señaló:

"El acto desleal de violación de normas exige que, por un lado se verifique la transgresión de una norma jurídica del derecho positivo, y por el otro, que producto de esa violación se logre acreditar la obtención de una ventaja competitiva (...). Para este propósito resulta ineludible precisar que se requiere probar la vulneración de la norma y acreditar que con ocasión de dicha vulneración el participante en el mercado obtuvo una ventaja competitiva. (...) el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal no reprocha la violación de cualquier tipo de norma, sino de aquellas que tengan incidencia en el comportamiento concurrencial de los competidores (...)".

La norma violada no necesariamente debe ser una ley; se puede tratar de un acto administrativo concreto. Por otro lado, es importante resaltar que la norma no exige que haya un pronunciamiento previo en el que se señale si se actuó ilegalmente; ésta es una labor de la autoridad judicial que conozca del proceso adelantado por competencia desleal.

4.3.2 Actos de descrédito

La Ley 256 de 1996, en su artículo 12, establece lo siguiente:



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

La norma transcrita advierte sobre la deslealtad de quien, con finalidad concurrencial, (con el objeto de concurrir al mercado o con la intención de disputar una clientela) perjudica o puede afectar negativamente el prestigio de un competidor ante su clientela, utilizando o difundiendo para tal fin, información incorrecta o falsa, pues la mala imagen que se crea del competidor, vicia el juicio y la valoración que de éste o de sus productos o servicios hace el consumidor, afectando de esta forma sus decisiones de compra.

Tal como se indica en la norma arriba citada, al igual que en el punto 2 del numeral 3 del Convenio de París, la conducta que a través de dichas disposiciones se pretende evitar, consiste en que se desacredite a un tercero, es decir, que se disminuya o se quite la reputación de una persona o se ponga en entredicho el valor o la estimación que tiene una cosa.

Así, estando el descrédito referido a la reputación que se tiene de una persona o a la estimación que se tenga de una cosa, para que un competidor incurra en actos de descrédito, es preciso que la persona, la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles del tercero que sufre el descrédito, se encuentren identificadas, o cuando menos sean identificables, pues de lo contrario no será posible que el descrédito se presente, toda vez que no habrá una persona cuya reputación se esté disminuyendo, o una cosa cuya estimación se vea afectada.

En consecuencia, frente a los actos de descrédito no basta con que se utilicen o difundan indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, o que se omitan las verdaderas características de los terceros, sino que es necesario que exista un tercero determinado o determinable quien vea disminuida su reputación o afectada la estimación de sus bienes y prestaciones frente al público como consecuencia de las afirmaciones que de él se hagan por parte del competidor desleal, o por las omisiones que por haber sido calladas le restan mérito frente al público.

Bajo estos parámetros la determinación del sujeto afectado por la conducta de descrédito es fundamental, por lo cual no basta con que las afirmaciones falsas se expresen en forma genérica o que estén referidas a todos los competidores, o a todos los productos que se ofrecen en una categoría, sino que es indispensable que el consumidor vincule al competidor o a sus productos, con las afirmaciones que supuestamente de él se hacen, pues no de otra forma éstas pueden ser desacreditadas.

4.3.3 Actos de desviación de la clientela

Cra. 13 #27 - 00 piso 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 - Bogotá D.C., Colombia
www.sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



En el artículo 8 de la Ley 256 de 1996 se describe esta conducta así:

"Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial."

De tal manera que el accionante debe acreditar la existencia de consumidores que tuviesen como propósito adquirir sus productos, pero como consecuencia de la conducta de su competidor, contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos, éstos hayan modificado su decisión de compra o que el acto tenga la potencialidad de viciar su decisión de compra, variando su preferencia mercantil a los productos ofrecidos por los demandados.

5. ACCIONES POR COMPETENCIA DESLEAL

Al respecto debe tenerse en cuenta que en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio reposan facultades administrativas y jurisdiccionales.

5.1 Actuación Administrativa

Las acciones por competencia desleal administrativa envuelven todos aquellos comportamientos que, siendo desleales pueden ser conocidos, investigados, sancionados y corregidos por la delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior teniendo siempre presente que en la investigación administrativa no se defienden intereses particulares sino el interés general.

Las actuaciones administrativas por actos de competencia desleal pueden ser promovidas, bien sea de oficio o a petición de parte.

El procedimiento para el efecto es el señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 19 de 2012 y, en lo no previsto en esa norma, la Ley 1437 de 2011.

Las sanciones que pueden imponerse son las establecidas por la Ley 1340 de 2009.

5.2 Acciones Jurisdiccionales

Mediante las facultades jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio se centra en dirimir un conflicto que envuelve dos partes y los efectos que dicho comportamiento produce entre ellas, lo cual significa que puede actuar como un juez.



El proceso judicial que se adelanta ante la SIC tiene la misma naturaleza que aquel que se surte ante los jueces civiles del circuito, pues en este escenario la Superintendencia actúa como si fuera verdaderamente un juez y no una autoridad administrativa.

Dado que el conocimiento de la acción es “a prevención”, puede interponerse ante los Juzgados Civiles del Circuito –donde no existan Juzgados Especializados en Derecho Comercial-, o a la Superintendencia de Industria y Comercio.

El Artículo 20 de la Ley 256 de 1996 se dispone que contra esta clase de actos podrán interponerse las siguientes:

- Acción declarativa y de condena: tendiente a que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.

Dentro de la acción o antes de interponerla, puede solicitarse la práctica de medidas cautelares, siguiendo el trámite y de acuerdo con los criterios señalados en el Artículo 31 de la Ley de Competencia Desleal.

- Acción preventiva o de prohibición: que puede interponer la persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

6. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

En materia de Protección de la Competencia, esta Superintendencia ejerce protección desde dos ámbitos: i) Velando por el derecho que tienen todos los actores del mercado a concurrir libremente al mismo sin barreras injustificadas, y ii) una vez actuando en el mercado, a competir en términos de lealtad y de buenas costumbres mercantiles.

Frente a las inquietudes planteadas, debemos señalar nuevamente que esta Superintendencia a través de un concepto no puede resolver casos particulares.

No obstante lo anterior, si usted considera que existe una conducta constitutiva de competencia desleal, en los términos de la Ley 256 de 1996, conforme a lo



dispuesto en los artículos 7 y 8 a 19, como se indicó en el numeral 4.3 de este escrito, podrá formular queja o entablar demanda. Esto, por cuanto esta Superintendencia solamente podrá pronunciarse sobre si una conducta constituye o no un acto de competencia desleal a través de una decisión administrativa o a través de una sentencia cuando se promueva una acción judicial ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, como se señaló en el numeral 5 de este escrito.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: XXX
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

