

La acción preventiva o de prohibición frente al artículo 18 de la ley de competencia desleal. Breve reseña¹

RUBÉN SILVA GÓMEZ²

RESUMEN

El presente trabajo busca examinar algunos aspectos procesales que surgen con relación a las pretensiones declarativas y condenatorias que consagra el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, lo cual permitirá determinar si entre ellas existe una relación de dependencia en el momento de su formulación. Además, en consonancia con lo anterior, será pertinente analizar la acción preventiva que puede proceder ante la violación de normas del artículo 18 de la ley ya citada.

Palabras clave: Competencia desleal, proceso, violación, acción preventiva, acción de prohibición.

- 1 Fecha de recepción: 30 de octubre de 2016. Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: Silva, R. (2016). La acción preventiva o de prohibición frente al artículo 18 de la Ley de competencia desleal – Breve Reseña, en *Revista Con-Texto*, n.º 46, pp. 79-84. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n46.06> Ponencia elaborada en el marco del Seminario *Violación de normas como conducta de competencia desleal – Artículo 18 de la Ley 256 de 1996* de la Universidad Externado de Colombia, que se llevó a cabo el 11 de noviembre de 2016.
- 2 Abogado especializado en Derecho Privado Económico y Derecho de Seguros. Se ha desempeñado como secretario general, superintendente delegado para la Promoción de la Competencia (e) y asesor del despacho del Superintendente de Industria y Comercio; gerente jurídico y secretario general de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP. En su trayectoria, también fue secretario general de Seguros Médicos Voluntarios SA, jefe de la Oficina Jurídica y secretario general de la Seccional Cundinamarca del Instituto de los Seguros Sociales. Actualmente, es promotor y liquidador de las listas de la Superintendencia de Sociedades y asociado senior de Archila Abogados. Correo electrónico: rsilva@archilaabogados.com

PREVENTIVE ACTION, OR PROHIBITION ACTION, TO ENFORCE ARTICLE 18 OF THE LAW OF UNFAIR COMPETITION

ABSTRACT

This paper aims to examine some procedural issues that arise in relation to the action for declaration of infringement and the action of conviction that are established in article 20 of the Law 256 of 1996, in order to determine if one depends of the other for its formulation. Additionally, it is relevant to analyze the preventive action which can be presented in anticipation of the violation of the rules provided in Article 18 of Law 256 of 1996.

Keywords: Unfair competition, procedure, infringement, preventive action, prohibition action.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 256 entró en vigencia hace exactamente 20 años, y ha tenido un gran desarrollo en el país, debido, en gran parte, a la concesión de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Así, la jurisprudencia que ha ido generando la SIC en estas dos décadas es una parte importante para la regulación de la competencia desleal.

Sobre los aspectos que plantearé en la presente intervención, no ha existido mayor controversia, tal vez por la lectura literal que del artículo 20 de la prenombrada ley han hecho las autoridades jurisdiccionales; seguramente por ello, no han sido materia de su preocupación. Sin embargo, considero interesante plantear los asuntos que adelante expondré, con el fin de contribuir al debate académico sobre el importante tema de la competencia desleal.

Los interrogantes y las respuestas que expondré giran en torno a los siguientes aspectos: ¿La acción declarativa y de condena contenida en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 es inescindible? ¿Es procedente instaurar la acción declarativa y de condena cuando no se solicita la indemnización de perjuicios? ¿La acción preventiva o de prohibición es escindible o son dos acciones diferentes? Si es escindible y son dos acciones diferentes, ¿es procedente y recomendable instaurar la acción preventiva por violación de normas establecida en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996?

Los interrogantes respecto del artículo 18 surgen, si se tiene en cuenta que la prenombrada conducta desleal no es de aquellas que se configure "*por objeto*", sino que está estructurada sobre la generación de efectos, y la acción preventiva, como adelante se expondrá, está dirigida a la prevención de una conducta desleal que no se ha perfeccionado o materializado.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

Antes de abordar la respuesta a los interrogantes arriba expuestos, considero importante esbozar algunas consideraciones sobre las acciones que se contemplaron en la Ley 256 de 1996. Como se sabe, esta norma se nutrió de la ley de competencia desleal española, y en dicho ordenamiento se consagraron seis clases de acciones:

- Acción declarativa de deslealtad
- Acción de cesación de la conducta desleal o de **prohibición de su reiteración futura**. Esta acción de prohibición puede ejercerse, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
 - Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
 - Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
 - Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha habido dolo o culpa del agente.
 - Acción de enriquecimiento injusto, que solo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico.

Como se puede apreciar, en la ley española **no se contempló la acción preventiva**. Esta es propia de la legislación colombiana.

3. MARCO NORMATIVO

En el artículo 20 de la Ley 256 se previeron las siguientes acciones que pueden ejercer los afectados contra los actos de competencia desleal:

- i) La acción declarativa y de condena, y
- ii) La acción preventiva o de prohibición

Tales acciones son claramente diferenciables y tienen diferentes objetivos³:

- 3 En Sentencia 0004 de octubre 20 de 2005, la SIC hizo una diferenciación de las dos acciones y, a ese respecto, expresó: "Señala el numeral segundo del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, que '(...) [I]a persona que piense que puede resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que se prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno...'. Luego de examinar el texto de la norma en cuestión, se advierte que la finalidad perseguida con la acción preventiva o de prohibición en materia de competencia desleal, es evitar la realización de una conducta desleal, es decir, que aún no se ha configurado, o que esa conducta se prohíba en los casos en los que la conducta ya se realizó, pero aún no ha generado sus efectos nocivos. La acción preventiva difiere sustancialmente de la declarativa y de condena establecida en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, pues la segunda tiene como finalidad declarar la ilegalidad de los actos realizados, ordenar al infractor remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios causados, mientras que la acción preventiva o de prohibición

La acción declarativa y de condena fue consagrada por el legislador para aquellas conductas de competencia desleal que ya se han perfeccionado y han generado efectos sobre el competidor o competidores afectados, quienes a través de tal acción solicitan:

- i) Que se declare la ilegalidad de las conductas realizadas;
- ii) Que se le ordene al competidor desleal que cese o remueva los efectos generados con las conductas desleales;
- iii) Que se indemnicen los perjuicios generados al afectado.

4. LOS INTERROGANTES

¿La acción declarativa y de condena contenida en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 es inescindible?

Este interrogante apunta a determinar si la acción declarativa puede formularse de manera individual, es decir, **solo como acción declarativa**, en aquellos casos en que el competidor ha sido afectado por la conducta desleal, pero no ha sufrido perjuicios. Así, el afectado solo tiene interés en que el juez declare que es desleal el acto que se demanda y que le ordene al infractor que se abstenga de continuar con la conducta. En mi criterio, la acción declarativa y de condena es **una sola acción**, y no es viable separarla. El sustento para esta afirmación se encuentra al responder el siguiente interrogante.

¿Es procedente instaurar la acción declarativa y de condena cuando no se solicita la indemnización de perjuicios?

Si el actor no pretende que se indemnicen los perjuicios causados por la conducta de competencia desleal —bien porque no se han generado con el acto competitivo desleal o bien porque no lo considera necesario—, sino que se declare la ilegalidad de la conducta adelantada por el competidor desleal, no sería procedente formular la acción declarativa y de condena, pues en tal caso la acción idónea es la acción de prohibición, como enseguida expondremos.

Es importante mencionar que, en nuestra opinión, contrario a lo expuesto respecto a que es inseparable o inescindible la acción declarativa y de condena, la acción preventiva es diferente a la acción de prohibición y, por tanto, son dos acciones distintas, si se tiene en cuenta que cada una de ellas tiene sus particularidades, que las hacen claramente diferenciables. En efecto, la acción preventiva se estableció para aquellos eventos en los que un competidor considera o cree que puede sufrir una afectación por actos de competencia desleal de otro competidor y le pide al juez que evite o prevenga la materialización o el perfeccionamiento de la conducta desleal. En otras

busca impedir que se realice la conducta o que se presenten sus efectos negativos en caso de haberse ejecutado la misma...".

palabras, el acto competitivo desleal está en ciernes y existen elementos que le permiten pensar al actor que debe prevenirlo. Por otro lado, **la acción de prohibición** se ejerce con el objeto de que se prohíba el acto de competencia desleal, independientemente de que se haya generado daño o no. En este caso, el acto de competencia desleal ya se ha perfeccionado, y se le pide al juez, simplemente, que lo prohíba, sin que sea procedente la pretensión de indemnización de perjuicios, pues para ello, como precedentemente mencionamos, la acción idónea es la declarativa y de condena. Entonces, la acción de prohibición equivale a la simple declaración de ilegalidad de la conducta, y es esta la que debería ejercerse en lugar de la declarativa.

Dadas las características de una y otra acción, en nuestra opinión, estas dos acciones se deberían ejercer por separado, aunque nada obsta para su ejercicio conjunto.

No sobra mencionar que los precedentes planteamientos son de orden meramente teórico, pues en la práctica, en caso de ser aceptables, no generan ninguna consecuencia. Por ejemplo, si en la demanda se formula la acción declarativa y de condena, sin la solicitud de indemnización de perjuicios por los actos de competencia desleal, ello no ocasiona el rechazo de la demanda ni algún tipo de nulidad, ya que estas pretensiones no tienen una relación de dependencia. En consecuencia, lo que debería hacer el juez, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 del Código General del Proceso, "es darle el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada".

¿Es procedente y recomendable instaurar la acción preventiva por violación de normas establecida en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996?

De aceptarse la hipótesis que aquí proponemos, es claro que la acción preventiva de competencia desleal es procedente, pero inefectiva, por la dificultad probatoria para acreditar la vulneración. Lo anterior, en la medida que se tengan en cuenta las siguientes consideraciones:

Dado que las acciones contenidas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 pueden ejercerse para todas las conductas de competencia desleal en ella contenidas, y el legislador no contempló excepciones, es obvio que la **acción preventiva** proceda frente al artículo 18. Sin embargo, teniendo en cuenta las características de dicho precepto normativo, es evidente que no tendría sentido formular la acción preventiva cuando se propone como única disposición vulnerada, si se tiene en cuenta que la conducta desleal por la violación de normas, para su configuración, requiere la generación de efectos significativos, y sería difícil probar este hecho mediante una demanda de esa naturaleza.

Dicho precepto normativo reza: "*Violación de normas. 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*".

De la lectura de la norma transcrita, se establece que para que la conducta sea considerada como desleal, debe estar comprobado:

- Que existe una violación de una norma jurídica;
- Que como consecuencia directa de la violación de la norma jurídica invocada como infringida, el **demandado haya adquirido una ventaja competitiva frente a sus competidores**, pero no cualquier ventaja: esta debe ser relevante, significativa, y
 - Que el demandado haya hecho efectiva en el mercado la realización de la ventaja competitiva significativa que ha adquirido como consecuencia directa de la infracción a la norma jurídica que se ha invocado como violada.

Como se aprecia de los presupuestos de hecho de la prenombrada disposición, la misma exige, para su configuración, el perfeccionamiento o materialización del acto desleal. Como precedentemente lo mencionamos, la acción preventiva fue establecida por el legislador para aquellos casos en que el demandante piensa que puede resultar afectado con el acto de competencia desleal y le solicita al juez que evite la realización de ese acto, que "aún no se ha perfeccionado".

Es muy difícil, entonces, probar en una demanda de índole preventivo de competencia desleal la configuración de una conducta, como la del artículo 18, que necesariamente exige que se haya perfeccionado, como se desprende de los presupuestos arriba mencionados.

Piénsese, por ejemplo, que el competidor A tiene el 1 % del mercado relevante de un producto, frente al competidor B, que posee el 99 %. El competidor A, en algunos casos, no factura a sus clientes los productos que vende, para no generar el IVA y vender su producto más barato. De esta manera, está violando la norma sobre IVA. El competidor B conoce de ese hecho e inicia una acción preventiva por infracción del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, con la pretensión de que se evite la infracción del mencionado precepto. Es claro que tal acción sería prácticamente inocua y de muy difícil comprobación, pues la simple violación de la norma por parte de un competidor que tiene tan ínfimo porcentaje de mercado no le otorga una ventaja significativa en el mercado frente al competidor B. Como es apenas obvio, las excepciones que se propondrían apuntarían a señalar la inexistencia de todos los presupuestos que exige el prenombrado artículo.

Situación diferente se presenta con respecto a la acción de prohibición, que como arriba mencionamos, se ejerce con el objeto de que se prohíba el acto de competencia desleal, independientemente de que se haya generado daño o no. En este caso, sería viable formularla frente al artículo 18 de la Ley 256, pues por la naturaleza de tal acción, como precedentemente lo indicamos, se requiere demostrar que la conducta de competencia desleal ya se perfeccionó, independientemente que se haya generado daño o no.

En los actos que se consideran de competencia desleal "por objeto", como es el caso de los actos de desviación de clientela, de desorganización, de confusión y de engaño, en cambio, es evidente la importancia de la acción preventiva.